

Negativ organisasjonsfrihet ved ansettelse

Kan arbeidsgiver vurdere arbeidssøkerens medlemskap i
fagforening?

Kandidatnr: 225

Veileder: Kjetil Edvardsen

Leveringsfrist: 25.11.04

Til sammen 14627 ord

Innholdsfortegnelse

<u>1. INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1. TEMA OG PROBLEMSTILLINGER	1
1.2. FORENINGSFRIHET	1
1.2.1. FORHOLDET MELLOM DEN POSITIVE OG DEN NEGATIVE FORENINGSFRIHETEN	2
1.2.2. NÆRMERE OM DEN NEGATIVE FORENINGSFRIHETEN	3
1.3. ORDFORKLARINGER	7
1.4. RETTSKILDER/METODESPØRSMÅL	7
1.4.1. NASJONALE RETTSKILDER	7
1.4.2. INTERNASJONALE RETTSKILDER	8
1.5. HISTORIKK	12
1.6. DEN NÆRMERE FREMSTILLINGEN	16
<u>2. STILLES DET OPP ET FORBUD MOT ORGANISASJONSPLIKTKLAUSULER VED ANSETTELSE?</u>	<u>17</u>
2.1. ARBEIDSMILJØLOVEN § 54 B	17
2.1.1. ARBEIDSMILJØLOVEN § 55 A SOM TOLKINGSFAKTOR	20
2.1.1.1. Rt 2001 s. 1413	22
2.2. KONKLUSJON	30
2.3. INTERNASJONALE KONVENSJONER	30
2.3.1. LOVLIGHETEN AV ORGANISASJONSPLIKTKLAUSULER I ARBEIDSAVTALE ETTER EMK	30
2.3.2. KONKLUSJON	38
2.3.3. LOVLIGHETEN AV ORGANISASJONSPLIKTKLAUSULER I ARBEIDSAVTALE ETTER ESP	39
2.3.4. KONKLUSJON	41
<u>3. KAN MEDLEMSKAP I FAGFORENING VEKTLLEGGES VED ANSETTELSE?</u>	<u>42</u>
3.1. ARBEIDSMILJØLOVEN § 54 B	43
3.1.1. ARBEIDSMILJØLOVEN § 55 A SOM TOLKINGSFAKTOR	43
3.2. KONKLUSJON	48

<u>4.</u>	<u>UNNTAK</u>	<u>49</u>
4.1.	ARBEIDSMILJØLOVEN § 54 D NR. 4.	50
4.1.1.	”STILLINGENS KARAKTER”	52
4.1.2.	STILLINGEN ER AV BETYDNING FOR GJENNOMFØRINGEN AV VIRKSOMHETENS FORMÅL	53
4.2.	OPPSUMMERING AV UNNTAKENE:	55
<u>5.</u>	<u>OPPSUMMERING</u>	<u>56</u>
<u>6.</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>58</u>

1. Innledning

1.1. Tema og problemstillinger

Tema for oppgaven er beskyttelsen av den negative foreningsfriheten, retten til ikke å være medlem av en forening. Spesielt vil jeg redegjøre for i hvilken grad den negative foreningsfriheten er gitt et vern på arbeidsrettens område etter nasjonal rett og etter folkerettslige avtaler som Norge er bundet av. I forhold til den norske interne rett vil også unntak fra hovedregelen bli behandlet. Fokus vil imidlertid bli rettet mot hovedreglene, behandlingen av unntakene vil bli tillagt mindre vekt.

To problemstillinger vil bli behandlet:

- Stilles det opp et forbud mot organisasjonspliktklausuler ved ansettelse?
- Kan medlemskap i fagforening vektlegges ved ansettelser?

Det som i utgangspunktet skiller disse to problemstillingene er i hvilken grad det kan tillegges vekt at en arbeidssøker er eller ikke er medlem av en fagforening. Et forbud mot organisasjonspliktklausuler vil ikke nødvendigvis tilsi et forbud mot vektlegging av medlemskap i fagforening.¹

1.2. Foreningsfrihet

Foreningsfrihet er retten til fritt å slutte seg sammen med andre i foreninger². Denne retten sies gjerne to sider, den positive og den negative.

¹ For nærmere om sontringen mellom disse to problemstillingene, se oppgavens punkt 3.

² Møse s. 488.

Den positive foreningsfrihet er retten til å danne og å stå tilsluttet en forening.

Den negative foreningsfrihet er retten til å være uorganisert.

1.2.1. Forholdet mellom den positive og den negative foreningsfriheten

Forholdet mellom den positive og den negative foreningsfriheten har vært grobunn for internasjonal debatt.

For det første kan det hevdes at dette er to forskjellige rettigheter. At et vern om den ene ikke nødvendigvis tilsier et vern for den andre. I denne sammenheng har det vært pekt på at rettighetene har forskjellige formål. Den positive rettigheten skal beskytte individets rett til å få samle seg, med det formål å beskytte felles interesser og forfølge felles mål. Den negative foreningsfriheten skal derimot beskytte individet mot å bli gruppert med andre mot sin vilje³.

For det andre kan den positive og den negative foreningsfrihet også på mange måter ses på som motsetninger og vil kunne påvirkes av hverandre. Et sterkt vern om den positive foreningsfriheten vil på denne måten kunne svekke den negative foreningsfriheten. Som eksempel på dette kan tenkes tilfeller hvor lønnstillegg kun gis til organiserte eller hvor organiserte gis et høyere tillegg enn uorganiserte. Den økonomiske motivasjonen ved å organisere seg vil her gjøre friheten til å stå uorganisert som mindre reell. På samme måte vil et styrket vern om den negative foreningsfriheten kunne tilsi et svekket vern om den positive foreningsfriheten ved at organisasjonene mister pressmidler for å holde på medlemmene. Færre medlemmer vil tilsi svakere fagforeninger noe som igjen muligens gjør det mindre attraktivt å være medlem.

³ Se Young, James and Webster v. UK, Concurring opinion of judges Sørensen mfl.

Den positive og den negative foreningsfriheten kan også ses som komplementære og gjensidig avhengige av hverandre, som to nødvendige deler av den samme rettigheten⁴. Som et eksempel på dette kan det vises til retten til å velge hvilken forening man vil stå tilsluttet. Denne valgfriheten kan ses som en følge av både den positive og den negative foreningsfriheten.

For det første vil valgfriheten være et utslag av den positive foreningsfriheten ved at det må forutsettes en rett til å være medlem av forening før man kan velge hvilken man vil være tilsluttet.

For det andre vil valgfriheten være et utslag av den negative foreningsfriheten ved at man for å ha en valgfrihet også må kunne velge hvilke foreninger man ikke vil stå tilsluttet.

I denne forbindelse kan det nevnes at strenge krav til antall medlemmer for at en fagforening skal kunne ha forhandlingsrett⁵ vil kunne påvirke valgfriheten. Dette fordi en arbeidstaker i praksis vil velge en fagforening som har anledning til å fremforhandle eksklusive rettigheter for sine medlemmer. Dersom fagforeninger med få medlemmer ikke får forhandlingsrett vil disse fagforeningene dermed mest sannsynlig slutte å eksistere, noe som igjen vil skape færre fagforeninger og en dårligere valgfrihet.

1.2.2. Nærmere om den negative foreningsfriheten

Som et utgangspunkt vil den negative foreningsfriheten omfatte retten til å være uorganisert fra alle typer av organisasjoner, fra strikkeklubber via fagforeninger, til politiske partier⁶.

⁴ Se Young, James and Webster v. UK, Concurring opinion of Judges Ganshof Van Der Meersch, mfl.

⁵ Forslag om økte krav for fagforeningers forhandlingsrett ble presentert i Ot.prp. nr 38 (2001-2002).

⁶ Møse s. 488.

Friheten har tradisjonelt vært knyttet til retten til fritt å mene og tro det en ønsker, samt med ytringsfriheten⁷. Dette fordi tvungen innmeldelse i forening også betyr at man tvinger medlemmet til å adoptere og være lojal mot det regelsett, de meninger og de oppfatninger som er gjeldende innad i foreningen. Som medlem vil man, om ikke aktivt, så i hvert fall passivt, måtte støtte opp under synspunkter man kanskje er sterkt uenige i.

Ser en den negative foreningsfriheten i sammenheng med politiske partier, finner en at den negative foreningsfrihet vil kunne være et nødvendig ledd for å sikre demokratiet. Dette fordi et system som tvinger personer til å være medlem i ett bestemt politisk parti skaper ubalanse og hindrer oppslutning om andre partier med andre meninger. På arbeidsrettens område vil regler som hindrer diskriminering ved ansettelse eller oppsigelse på grunn av medlemskap eller ikke-medlemskap i politiske organisasjoner kunne medvirke til å opprettholde et bredt spekter av politiske partier og dermed også sikre reell representativitet.

En tvang til å stå tilsluttet en organisasjon vil gi mer makt til de organisasjonene som er tilgodesett gjennom ordningen og mindre makt til de som står utenfor. Man vil dermed få en opphopning av makt på noen få hender, noe som igjen vil kunne føre til maktmisbruk. Den negative organisasjonsfrihet vil også kunne hindre maktmisbruk på et noe annet område, nemlig ved at tvang til å være tilsluttet en organisasjon også vil kunne gi organisasjonens ledere en utstrakt mulighet til maktmisbruk og negativ påvirkning på medlemmene. Den negative foreningsfrihet vil kunne forhindre dette ved at medlemmene fritt og uten konsekvenser kan melde seg ut av foreningen eller organisasjonen.

Et område hvor spørsmålet om den negative foreningsfriheten har vært sentral, er i forholdet til fagforeninger. Tvungen innmeldelse i fagforeninger vil i tillegg til de ovennevnte momenter også i visse tilfelle kunne tilsi at arbeidstakeren ikke får valgmulighet med henhold til hvilken tariffavtale denne skal være bundet av. Her må

⁷ Young, James and Webster v. UK publ. A44 (1981) paragraph 57.

det imidlertid legges til at arbeidstakeren sjelden har et reelt valg med henhold til hvilken tariffavtale som skal gjelde, herunder også om arbeidstakeren skal forbli ubundet.⁸ Dette vil imidlertid ikke bli behandlet videre i oppgaven.

Den negative foreningsfriheten har for en stor del blitt overskygget av den positive foreningsfriheten. Mye av dette skyldes at de to rettighetene også på arbeidsrettens område kan sies å stå i direkte motstrid med hverandre. Dersom den negative foreningsfriheten får et fullstendig vern vil dette kunne bety svekket oppslutning for fagorganisasjonene. I tillegg vil flere uorganiserte føre til flere ”gratispassasjerer”. Med ”gratispassasjerer” menes arbeidstakere som ikke er organisert, men likevel høster godene av de organisertes forhandlinger.

I bunn og grunn vil vernet for den negative foreningsfriheten på arbeidsrettens område dermed tilsi at kollektive interesser må avveies i forhold til individets rett til selv å velge om man vil organisere seg og hvilken organisasjon man i så tilfelle ønsker å stå tilknyttet.

Å trekke nøyaktige grenser for hva som er vernet gjennom den negative foreningsfrihet er vanskelig fordi rettigheten er søkt beskyttet fra flere kanter gjennom nasjonal lovgivning og gjennom flere internasjonale konvensjoner som gir rettigheten ulikt innhold og ulik grad av prioritet. Noen utgangspunkter kan imidlertid stilles opp.

Tvang til innmeldelse i forening vil falle innenfor begrepet. Tydeligst kommer en slik tvang frem når det er snakk om lovpålagt plikt til innmeldelse i forening⁹ Mindre klart er det hvor grensene går når det ikke er snakk om absolutt tvang, men om større eller mindre grad av press til innmeldelse i forening. Av forskjellige former for press kan nevnes press med trussel om oppsigelse/avskjed og press gjennom arbeidsgivers ytrede ønske om at alle arbeidstakere bør være organiserte, uten at dette medfører annet enn mulig samvittighetskonflikt for den ansatte. I saken Sigurd A. Sigurdjonsson v.

⁸ For eksempler på lovregler som vil begrense denne friheten, se Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. 4. feb 1977 nr 4 § 41, 6. ledd og aml § 55 nr 1.

⁹ Se Sigurd A. Sigurdjonsson v. Iceland A264 paragraph 41.

Island¹⁰ argumenterte den Islandske stat med at det ikke forelå brudd på den negative foreningsfriheten ettersom klageren hadde muligheten til å skifte jobb, og på den måten slippe unna krav om fagforeningsplikt. Dette argumentet førte imidlertid ikke frem.

I forhold til fagforeninger har det også blitt diskutert i hvilken grad pliktig fagforeningsavgift også for uorganiserte kan sies å være et brudd på den negative organisasjonsfriheten. I juridisk teori¹¹ er det uttalt at dette antagelig er tillatt etter norsk rett. I Sverige har det gjennom praksis¹² blitt klart at pålegg om at også uorganiserte må betale såkalte ”granskningsavgifter”, avgifter for å dekke fagforeningers utgifter med å analysere arbeidsmarkedet og beregne krav ved lønnsoppgjør, ikke er et brudd på den negative foreningsfriheten slik denne er å forstå etter svensk lov.

Avgjørelsen av Arbetsdomstolen som danner grunnlaget for den svenske praksis har imidlertid fått internasjonal kritikk, nettopp fordi den ikke anses forenlig med den negative foreningsfriheten.¹³

Den negative foreningsfrihet kan være et tema i de fleste områdene i et arbeidsforhold. Som tidligere nevnt vil denne oppgaven fokusere på problemer i tilknytning til ansettelser.

Hovedvekten vil bli lagt på arbeidstakers frihet til ikke å være medlem av fagforening. Negativ foreningsfrihet for arbeidsgivere og andre vil kun bli behandlet dersom det kaster lys over fremstillingen av arbeidstakerenes frihet.

¹⁰ Sigurd A. Sigurdjonsson v. Iceland paragraph 33.

¹¹ Jakhell, Oversikt s. 380.

¹² Dom av Arbetsdomstolen 2001 nr 20.

¹³ Council of Europe, Committee of ministers Resolution ResChS(2003)1.

1.3. Ordforklaringer

Uttrykkene ”organisasjonsklausuler” og ”organisasjonspliktklausuler” vil i oppgaven ha samme innhold. Det siktes her til avtalte bestemmelser som direkte stiller krav om at en arbeidstaker eller arbeidsgiver skal ha en viss organisasjonstilknytning.

”Closed shop klausuler” er klausuler som krever fagforeningsmedlemskap som vilkår for ansettelse eller for videre ansettelse og i visse tilfeller at den ansatte må forbli organisert for å beholde jobben.

I oppgaven vil uttrykkene ”foreningsfrihet” og ”organisasjonsfrihet” ha samme betydning og vil brukes om hverandre. Det siktes her til retten til å slutte seg sammen med andre i foreninger.

Uttrykkene ”negativ foreningsfrihet” og ”negativ organisasjonsfrihet” vil også ha samme innhold. Det siktes her til retten til retten til ikke å stå tilsluttet en organisasjon.

1.4. Rettskilder/metodespørsmål

Jeg vil benytte meg av både nasjonale og internasjonale rettskilder.

1.4.1. Nasjonale rettskilder

Denne oppgaven vil for de interne nasjonale spørsmålene hovedsakelig ta for seg lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. 4. februar 1977 nr 4. Forarbeidene til loven behandler kun i liten grad forholdet til den negative organisasjonsfriheten.

Temaet for oppgaven er behandlet i juridisk teori og til en viss grad i praksis. Det vil dermed bli lagt tildels stor vekt på disse rettskildene.

Jeg vil også vise til avgjørelser fra Arbeidsretten. Disse avgjørelsene vil ikke kunne tillegges like høy vekt som avgjørelser fra Høyesterett. Ettersom Arbeidsretten er en særdomstol som i praksis dømmer i siste instans¹⁴, vil imidlertid Arbeidsrettens avgjørelser kunne veie tyngre enn de alminnelige underrettsavgjørelser.¹⁵

1.4.2. Internasjonale rettskilder

Flere internasjonale konvensjoner vil kunne være av interesse for denne oppgavens tema. Av FN konvensjoner kan nevnes: Universal declaration of human rights 1948 og Covenant on Civil and political rights 1966. Av konvensjoner fra International labour organisation (ILO) 1919, kan nevnes: Convention no 87 on freedom of association and the right to organise (1948) og Convention no 98 on the right to Organise and Collective Bargain Convention (1949).

Av spesiell interesse vil imidlertid Den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 1950¹⁶ (EMK) og Den europeiske sosialpakt av 1961¹⁷ (ESP) være¹⁸. Disse to sistnevnte konvensjonene har behandlet spørsmålet om den negative foreningsfrihet nærmere enn hva som vil være tilfellet etter øvrige konvensjoner. I denne oppgaven vil kun EMK og ESP bli behandlet.

At begge disse konvensjonene er relevante ved fortolkningen av intern norsk rett er vist flere ganger gjennom rettspraksis¹⁹. EMK og ESP har imidlertid i dag forskjellig forankring i norsk rett, jeg vil derfor kort redegjøre for hvilken vekt som vil bli lagt på disse konvensjonene i denne oppgaven.

¹⁴ Lov om arbeidstvister 5 mai, 1927 nr 1. § 26, nummer 4.

¹⁵ Eckhoff s. 162.

¹⁶ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 november 1950

¹⁷ European social charter, 18 oktober 1961.

¹⁸ Konvensjonene er nærmere behandlet under oppgavens punkt 2.3.

¹⁹ Se for eksempel Rt 1997 s. 580, Rt 2001 s. 248, Rt 2001 s. 1413.

EMK

EMK er inkorporert i norsk rett gjennom lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett 21 mai 1999 nr. 30 (menneskerettsloven). Konvensjonen skal derfor ”ved motstrid gå foran lovbestemmelser i annen lovgivning” jf menneskerettsloven § 3.

I juridisk teori²⁰ er det blitt stilt spørsmål om hvorvidt bestemmelsene i menneskerettsloven betyr at konvensjonen skal gis forrang også for senere klar lovgivning. Dette spørsmålet faller utenfor oppgavens tema og vil derfor ikke bli behandlet nærmere.

EMK vil på bakgrunn av det ovennevnte bli tillagt høy vekt videre i oppgaven.

ESP

ESP er ikke inkorporert i norsk rett, og spørsmålet om hvilken vekt som skal legges på denne konvensjonen blir dermed noe mer uklart.

Som utgangspunkt vil konvensjonen ha betydelig vekt, noe som følger av presumsjonsprinsippet²¹ om at norsk rett så vidt mulig skal tolkes slik at den ikke kommer i konflikt med folkeretten. Videre vil det følge av Grunnloven 17. mai 1814 § 110 c første ledd at presumsjonsprinsippet står særlig sterk i forhold til internasjonale menneskerettigheter.²²

I juridisk teori har det blitt diskutert om ikke-inkorporerte menneskerettighetskonvensjoner har forrang fremfor norsk intern rett selv om de ikke er

²⁰ Se for eksempel Jens Edvin A. Skoghøy, Forholdet mellom internasjonale menneskerettigheter og norsk rett. Kritisk juss 1998 s. 111.

²¹ Jens Edvin A Skoghøy, Kritisk juss 1998 s. 111 (på s.112).

²² Jens Edvin A Skoghøy, Kritisk juss 1998 s. 111 (på s. 116).

inkorporert gjennom menneskerettsloven²³. Dette spørsmålet vil imidlertid ikke ha aktualitet i oppgaven og vil derfor ikke bli behandlet nærmere.

Etter mitt skjønn vil ESP måtte tillegges betydelig vekt, men noe mindre enn hva som vil være tilfellet etter EMK.

Generelt om vektlegging av uttalelser fra organer innen de forskjellige systemene.

I oppgaven vil jeg ta for meg praksis og uttalelser fra ulike organer innen de forskjellige systemene. Det må her skilles mellom den rettskraftvirkning praksis fra konvensjonsorganene har og den rettskildemessige betydning praksis fra disse organene har. Med rettskraft siktes til den bindende virkning en avgjørelse har. I folkeretten, som i nasjonal rett, er praksis bare bindende for sakens parter og gjelder kun det som direkte er avgjort ved saken. Med den rettskildemessige betydning menes i hvilken grad en avgjørelse kan ha vekt ved senere fortolkning og anvendelse av en konvensjon. Videre i oppgaven vil det bli vist til flere uttalelser fra mindretallet i forskjellige dommer fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Disse uttalelsene vil ikke være rettskraftige, men vil kunne vise forskjellige syn på forskjellige spørsmål og vil også i mange tilfeller kunne vise hvilken argumentasjon som kan ventes i fremtidige saker. Spesielt vil dette kunne ha interesse dersom det i en fremtidig sak er endringer i dommersammensetningen som kan medføre at det tidligere mindretall blir et fremtidig flertall. Ettersom mindretallet, i likhet med flertallet, består av personer med høy faglig kompetanse²⁴, vil uttalelser herfra kunne ha en viss rettskildemessig betydning.

Etter Wienkonvensjonen²⁵ har praksis og uttalelser en noe perifer rettskildemessig betydning (praksis fra konvensjonsorganene er kun nevnt indirekte som ”subsequent practice” i art 31 (3) b). Det har imidlertid vist seg at konvensjonsorganene tar meget

²³ For eksempel på forfattere som støtter forskjellig syn, se Jens Edvin A. Skoghøy, Forholdet mellom internasjonale menneskerettigheter og norsk rett inntatt i Kritisk juss 1998 s. 111 flg. og Henning Jakhelln, Menneskerettigheter – nei takk? Lov og rett 1997 s. 577 flg.

²⁴ EMK art 21.

²⁵ Vienna convention on the law of treaties 23 mai 1969.

hensyn til tidligere uttalelser og både Den Europeiske Menneskerettighetsdomstol og FNs Menneskerettighetskomité henviser stadig til sine tidligere avsagte dommer. Også generelle kommentarer fra gjennomføringsorganene benyttes i praksis som kilder.²⁶

Ved fortolkningen av EMK vil jeg se på uttalelser og avgjørelser fra european court of human rights²⁷, på norsk omtalt som Den Europeiske Menneskerettighetsdomstol (EMD). Ved fortolkningen av ESP vil jeg se på uttalelser fra committee of experts – også kalt europarådets sosialkomité (Ekspertkomiteen)²⁸.

Avgjørelser fra EMD som grunnlag for fortolkningen av EMK

Avgjørelser fra EMD vil bli tillagt stor vekt ved fortolkningen av EMK i denne oppgaven. En slik vektlegging vil være overensstemmende med det syn som kommer frem gjennom juridisk teori²⁹ og den praksis som er ført av domstolen selv.³⁰

Uttalelser fra ekspertkomiteen som grunnlag for fortolkningen av ESP

Når det kommer til vektleggingen av uttalelser fra ekspertkomiteen ved fortolkningen av ESP vil utgangspunktet være at komiteen består av meget høyt kvalifiserte jurister³¹. I juridisk teori³² har det imidlertid blitt påpekt momenter som peker i retning av en noe forsiktig vektlegging av uttalelser fra denne komiteen. For det første vil grunnlaget for komiteens uttalelser, nemlig rapportene fra medlemslandene, være lite detaljerte noe som også vil prege arbeidet i ekspertkomiteen. For det andre vil kvaliteten av uttalelsene

²⁶ Høstmælingen s. 93.

²⁷ Se EMK art 19.

²⁸ Se ESP art 24-25. Navnet “Europarådets sosialkomité” er valgt av komiteen selv, se Høstmælingen s. 396, note 550.

²⁹ Høstmælingen s. 99, Opsahl s. 14.

³⁰ Opsahl s. 16, se også Sigurd A. Sigurdjonsson v. Island A264 (24/1992/369/443) paragraph 35 hvor dette gjøres i praksis.

³¹ ESP art 25.

³² Ken Uggerud Arbeidstvistlov og menneskerettigheter institutt for offentlig retts skriftserie nr 4. 1997 s. 70-74.

også kunne lide av at spørsmålene gjennomgår en dobbeltbehandling i en underkomité, the Governmental Social Committee (Regjeringskomiteen)³³, hvor tolkingen av konvensjonen ikke nødvendigvis vil være lik den som ble presentert av ekspertkomiteen.

På tross av de momenter som er nevnt ovenfor vil uttalelsene fra ekspertkomiteen imidlertid ha betydelig vekt ved fortolkningen av ESP. Uttalelsene vil derfor bli tungt vektlagt ved fortolkningen av ESP i denne oppgaven.

1.5. Historikk

Debatten om lovfesting av foreningsfriheten har lange røtter. Det var i utgangspunktet ingen konkrete tanker om å gi en beskyttelse for den negative foreningsfriheten. Fra fagforeningshold oppfattet man tidlig at en lovgivning som mer generelt beskyttet foreningsfriheten, også kunne virke til å sikre rettighetene til dem som ikke var organisert, og dermed virke mot ytterligere organisering. I denne forbindelse uttalte Ole O.Lian på arbeidernes faglige Landsorganisasjons kongress i 1913:

”Det viser sig at være et tveegget sværd at henvende sig til statsmagterne for at faa beskyttelse for foreningsretten. Man ser at den møtes fra den anden side med forslag om beskyttelse av streikebryteri. Det beste er at kongressen ikke træffer nogen forføining i denne sak. Det er heldigst ikke at puste op i disse forhold”³⁴

Andre sitater fra denne kongressen peker i samme retning:

”Tranmæl foreslo nemlig en uttalelse gående ut på at ”en lov til beskyttelse av foreningsretten ikke lenger ansees nødvendig eller byder synderlig fordel”, og da den vil bli brukt som påskudd til å skape en lov til vern om ”arbeidets frihet”, det

³³ ESP art 27.

³⁴ Her gjengitt etter innstilling fra arbeidsrettsrådet 1965 s. 5. inntatt som vedlegg til Ot.prp. nr 33. (1965-1966).

vil si streikebryteri, så henstiller kongressen til stortingsgruppa ikke å fremme krav om en foreningslov”³⁵

En lovregel som ga beskyttelse mot tvang til innmeldelse i fagforening ble imidlertid en realitet og kom inn som et tillegg til straffeloven § 222 II fra 1927, etter initiativ fra den sittende høyreregjering³⁶. Regelen ga beskyttelse mot boikott som pressmiddel:

”På samme måte straffes den som ved boikott søker å tvinge nogen arbeider eller arbeidsgiver til å gå inn i en sammenslutning av arbeidere eller arbeidsgivere.”³⁷

Denne regelen, som av dens motstandere ble omtalt som ”tukthusloven”, ble opphevet allerede i 1933. Regelen kom inn igjen ved lov 6. juli 1933 som et tillegg til Lov om arbeidstvister 5. mai 1927 nr 1. Denne bestemmelsen ble igjen opphevet i 1947, da man fikk lov om boikott av 5. desember 1947 nr 1. Lov om boikott av 1947 inneholdt imidlertid ingen regel som direkte satte et forbud mot boikott som virkemiddel for å presse noen til å melde seg inn i fagforening eller annen organisasjon. En avklaring kom ved Høyesteretts dom inntatt i Rt 1959 s. 1080. Det var her igangsatt en boikott mot et utenlandsk rederi for å presse dette til å slutte seg til Den internasjonale Transportføderasjon. Høyesterett fant at dette var et brudd på boikottloven av 1947 § 2 litra c som satte et forbud mot boikott som ville ”virke utilbørlig”.

1951 kom den midlertidig lov om organisasjonsrett m.v. for arbeidsledere i private bedrifter 14 des. 1951 nr. 4 (Lex Askim) denne ga en noe bedre beskyttelse for den negative organisasjonsfriheten. Lovens § 3 gir et bilde på det vern som ble gitt:

”Arbeidsleder har full frihet til å stå tilsluttet den fagforening han måtte ønske eller til å stå utenfor enhver fagforening”.

³⁵ Her gjengitt etter innstilling fra arbeidsrettsrådet 1965 s. 5. inntatt som vedlegg til Ot.prp. nr. 33. (1965-1966).

³⁶ Innstilling fra arbeidsrettsrådet 1965 s. 6. Inntatt som vedlegg til Ot.prp. nr 33. (1965-1966).

³⁷ Lov om forandringer i den almindelige borgerlige straffelov av 22 mai. 1902 (tilleggslov til straffeloven) lov 4 juli 1927 Nr 9.

Loven hadde også mer spesielle regler mot organisasjonspliktklausuler og annen form for press til innmeldelse i fagforeninger. Loven gjaldt imidlertid bare arbeidsledere og ble opphevet i 1978 etter initiativ fra LO³⁸.

Private lovforslag

Ønsket om et bedre vern for foreningsfriheten, deriblant den negative foreningsfriheten, har kommet til syne gjennom flere lovforslag.

I 1959 fremmet Berte Rognerud og Steel Groos fra Høyre et privat lovforslag om lovfesting av organisasjonsfriheten hvor det blant annet var foreslått en lovtekst som ville gi direkte beskyttelse for den negative foreningsfrihet:

”§2 Arbeidstaker har full frihet til å stå tilsluttet den fagforening han måtte ønske eller til å stå utenfor enhver fagforening.”³⁹

Forslaget ble imidlertid ikke vedtatt.

Et tilsvarende lovforslag ble fremsatt⁴⁰ i 1983, denne gangen fra Stortingsrepresentant Fridtjof Frank Gundersen, også dette forslaget ble avvist⁴¹.

I 1996 fremsatte stortingsrepresentant Carl I. Hagen det samme forslaget⁴², men også dette ble avvist.⁴³

Det hittil siste forslaget som er fremsatt i forsøket på å få til en lov som sikrer foreningsfriheten, deriblant den negative foreningsfriheten, ble fremsatt av

³⁸ Ot.prp. nr 35 (1977-1978) s. 2.

³⁹ Stortingsforhandlinger (1959-1960). Dokument nr 10 s. 1.

⁴⁰ Dokument nr 11 (1982-1983).

⁴¹ Innst. O. nr 95 (1982-1983).

⁴² Dokument nr 8:45 (1996-1997).

⁴³ Innstillinger O. nr 63 (1996-1997).

stortingsrepresentantene Fridtjof Frank Gundersen og Jan Simonsen i 1999⁴⁴. Dette forslaget ble også avvist.⁴⁵

Jeg vil kort kommentere de siste avvisningsvedtakene da de viser hvilken splittelse som ligger bak spørsmålet om en lovfesting av organisasjonsfriheten, herunder også den negative organisasjonsfriheten.

Lovforslagene har vært fremmet av representanter fra Høyre (Berte Rognerud og Steel Groos i 1959) og fra Fremskrittspartiet (Fridtjof Frank Gundersen i 1983, Carl I hagen i 1996 og Fridtjof Frank Gundersen og Jan Simonsen i 1999). Andre politiske partier har ikke sett det samme behovet for å gi organisasjonsfriheten, og da også den negative organisasjonsretten, en beskyttelse i lovs form. Den offisielle begrunnelsen for avslagene har variert. I 1997 argumenterte kommunalkomiteens flertall, (representantene fra Arbeiderpartiet og Sosialistisk venstreparti) med at organisasjonsplikt-klausuler var en del av den alminnelige avtalefrihet og viser til at initiativ til lovregulering må komme fra ”representative organisasjoner”⁴⁶.

I avvisningsvedtaket fra 1999 ble det fra flertallet (representantene fra Arbeiderpartiet, Kristelig folkeparti, Senterpartiet og Sosialistisk Venstreparti) vist til at vernet for organisasjonsfriheten var tilfredsstillende ivaretatt gjennom lov om styrking av menneskerettighetenes stilling 21. mai 1999 nr 30 (menneskerettsloven) og de konvensjoner som der er gjort til norsk lov.

Av disse vedtakene danner det seg et bilde av at spørsmålet er av politisk interesse og at det er splittelse mellom to ”leire” som kan sies å ha dannet seg mellom det som tradisjonelt har vært høyre- og venstresiden i norsk politikk.

⁴⁴ Dokument 8:36 (1998-1999).

⁴⁵ Innstillinger S. nr. 187 (1998-1999).

⁴⁶ Innst. O. nr 63 (1996-1997) s. 3.

At spørsmålet, også i vår tid, har betydelig interesse utenfor de politiske partier vises i uttalelser som er gjengitt fra høring i kommunalkomiteen i forbindelse med avslaget i 1999:

”LO har i høring i komiteen gitt uttrykk for at en lovfesting av retten til å være uorganisert vil innebære en lovhjemlet støtte til organisasjonsfiendtlige arbeidsgivere og arbeidstakere.”⁴⁷

De ”delelinjene” som dette spørsmålet skapte på begynnelsen av 1900 tallet og utover, må dermed sies å bestå også i dag..

1.6. Den nærmere fremstillingen

Vernet for den negative foreningsfrihet ved ansettelser følger nå av Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. 4. feb. 1977 nr 4 (aml) kap X § 54 B om forbud mot forskjellsbehandling/diskriminering og de unntak som gjelder for denne. Videre gis det et vern gjennom internasjonale menneskerettigheter, i denne oppgaven vil EMK og ESP behandles.

Regler om ansettelse vil kunne gi et vern for den negative foreningsfriheten i den grad de hindrer forskjellsbehandling ved ansettelse fordi en arbeidstaker ikke er organisert i en fagorganisasjon.

I forhold til den negative organisasjonsfriheten er det flere problemstillinger som vil være interessante ved ansettelser. I denne oppgaven vil jeg behandle to.

1. Stilles det opp et forbud mot organisasjonsplikt-klausuler ved ansettelse etter reglene i aml og menneskerettighetsloven?
2. Kan medlemskap i fagorganisasjon vektlegges ved ansettelser?

⁴⁷ Innst. S. nr 187 (1998-1999) s. 3.

2. Stilles det opp et forbud mot organisasjonspliktklausuler ved ansettelse?

Organisasjonspliktklausuler kan i praksis presenteres under alle stadier av et arbeidsforhold. Her vil imidlertid kun de klausuler som presenteres før ansettelse, og som dermed virker som et vilkår for ansettelse, behandles.

Jeg vil først behandle aml § 54 B, deretter konvensjoner som Norge er bundet av.

2.1. Arbeidsmiljøloven § 54 B

Aml § 54 B kom inn i arbeidsmiljøloven ved innføring av et nytt kapittel X A om likestilling i arbeidslivet ved lov 26 mars 2004. Bestemmelsen skal gjelde alle sider ved arbeidsforholdet jf aml § 54 A nr 2, og skal i følge overskriften gjelde som et ”forbud mot forskjellsbehandling/diskriminering”.

Ser en på ordlyden i bestemmelsen kommer det frem at:

”direkte eller indirekte forskjellsbehandling på grunn av [...] medlemskap i arbeidstakerorganisasjon [er forbudt]”

Ordlyden kan her forstås på to måter.

For det første kan ”forskjellsbehandling på grunn av medlemskap” forstås dit hen at det stilles som betingelse at arbeidssøkeren allerede er medlem av en fagorganisasjon for å falle inn under bestemmelsen. Arbeidssøkeren vil etter bestemmelsen altså ikke kunne forskjellsbehandles på grunn av sitt medlemskap i fagforening.

For det andre kan ”medlemskap” forstås på den måten at også ”ikke-medlemskap” er inkludert.

Etter den første forståelsen ville en organisasjonspliktklausul ikke automatisk være i strid med bestemmelsen, ettersom en slik klausul ikke nødvendigvis stiller noen medlemmer dårligere enn andre medlemmer. I den grad en organisasjonspliktklausul setter vilkår om medlemskap i en bestemt arbeidstakerorganisasjon vil den derimot kunne stride mot bestemmelsen. Dette fordi medlemmer av andre arbeidstakerorganisasjoner dermed vil blitt dårligere stilt enn dem som allerede er medlem av denne bestemte arbeidstakerorganisasjonen.

Etter den andre forståelsen av ordlyden vil en arbeidssøker ikke kunne stilles dårligere på grunn av at denne ikke er organisert i arbeidstakerorganisasjon. Organisasjonspliktklausuler vil dermed være forbudt ettersom en slik klausul har som formål å stille uorganiserte søkere dårligere enn organiserte.

Denne siste oppfatningen styrkes av formålet med lovkapitlet som er fastsatt i aml § 54 A, 1. ledd:

”Formålet med dette kapittel er å sikre likebehandling i arbeidslivet.”

Ved å inkludere også ikke-medlemskap vil man ivareta en likebehandling mellom ikke-organiserte og organiserte arbeidssøkere. Jeg vil videre legge denne forståelsen av ordlyden til grunn.

Ordlyden vil etter dette peke i retning av en løsning hvor det stilles opp et forbud mot organisasjonspliktklausuler.

Forarbeidene til aml § 54 B behandler ikke spørsmålet om organisasjonspliktklausuler direkte, det kommer imidlertid klart frem at forskjellsbehandling på grunn av at arbeidssøkeren ikke er medlem i arbeidstakerorganisasjon vil stride mot bestemmelsen:

”Bestemmelsen [aml § 54 B] skal tolkes slik at forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av medlemskap i arbeidstakerorganisasjon også gjelder forskjellsbehandling på grunn av at man *ikke* er medlem av arbeidstakerorganisasjon.”⁴⁸

Ettersom organisasjonsplikt-klausuler vil skape forskjellsbehandling mellom ikke-organiserte og organiserte kan uttalelsene i forarbeidene tas til inntekt for at aml § 54 B stiller opp et forbud mot slike klausuler.

Det foreligger hittil ingen rettspraksis i forbindelse med bestemmelsen som er relevant for problemstillingen.

Det er forutsatt at aml § 54 B skal komme som et tillegg til, eller som en videreføring av, det vernet som forelå etter den tidligere aml § 55 A.

”Dette fordi lovendringen i denne omgang hovedsakelig har som formål å videreføre bestemmelsene i aml § 55 A”⁴⁹

Rekkevidden av aml § 54 B vil derfor være avhengig av hva som var tilfellet etter den gamle aml § 55A.

⁴⁸ Ot.prp.nr.104 (2002-2003) s. 32.

⁴⁹ Ot.prp.nr 104 (2002-2003) s. 27.

2.1.1. Arbeidsmiljøloven § 55 A som tolkingsfaktor

Aml § 55 A var ny i arbeidsmiljøloven av 1977. Den lovtekst som her er benyttet er basert på endringslov av 14 mai 1982 nr 22, med senere endringer ved lov av 30 april 1998 nr. 24:

”Arbeidsgiveren må ikke i utlysningen etter nye arbeidstakere eller på annen måte kreve at søkerne skal gi opplysninger om hvordan de stiller seg til politiske, religiøse eller kulturelle spørsmål, eller om de er medlemmer av lønnstakerorganisasjoner [...] Arbeidsgiveren må heller ikke iverksette tiltak for å innhente slike opplysninger på annen måte.”

Etter ordlyden setter hovedregelen i aml § 55 A, 1. ledd et forbud mot å kreve, eller på annen måte iverksette tiltak for å innhente opplysninger om hvorvidt søkeren er medlem av lønnstakerorganisasjoner. At opplysninger om medlemskap i lønnstakerorganisasjoner også inkluderer opplysninger om ikke- medlemskap er avgjort ved Høyesteretts dom inntatt i Rt 2001 s. 1413.

En organisasjonspliktklausul vil ikke nødvendigvis kreve opplysninger om medlemskap i arbeidstakerorganisasjoner. I teorien kan en søker konstatere at det foreligger en slik klausul uten dermed å gi opplysninger om sitt eget medlemskap. Opplysningene vil dermed heller ikke kunne sies å ha blitt innhentet på annen måte.

Ordlyden vil her peke i retning av en løsning hvor det ikke settes forbud mot organisasjonspliktklausuler.

Forarbeidene til bestemmelsen behandler ikke problemstillingen direkte, men formålet med bestemmelsen er angitt til:

” [Å] sikre et vern om den enkelte arbeidstakers integritet, og den grunnlovfestede rett til å tro, tenke og tale etter sin overbevisning og grunnholdning.”⁵⁰

⁵⁰ Inst. O. Nr 59 (1979-80) s. 9.

Dette kan tyde på at bestemmelsen faktisk gir et vern for arbeidstakeren til å kunne velge å melde seg inn eller ut av en fagorganisasjon uten hindringer fra arbeidsgiver og at aml § 55 A dermed stiller opp et forbud mot organisasjonspliktklausuler.

Kommentarer andre steder peker imidlertid i retning av den motsatte løsning.

Nevnes kan uttalelser fra kommunalkomiteen i forbindelse med avvisningen av et privat lovforslag om fri organisasjonsrett fra stortingsrepresentant Carl I Hagen:

”Komiteens flertall [...] vil peke på at det finnes tariffavtaler hvor det er fastsatt at alle tilsatte hos arbeidsgiverparten skal være medlem i en bestemt fagforening. Forslagstilleren viser også til noen av disse. I medhold av alminnelig avtalefrihet må imidlertid partene ha adgang til å inngå tariffavtaler som inneholder slike klausuler.”⁵¹

Uttalelsene retter seg ikke direkte mot aml § 55 A, men må forstås slik at organisasjonspliktklausuler er tillatt etter norsk rett. Uttalelsene peker dermed i retning av at organisasjonsklausuler er tillatt også etter aml § 55 A.

Uttalelser som peker i samme retning kommer frem i innstilling fra utvalget for tarifforhandlingssystemet⁵² hvor det under redegjørelsen for gjeldende rett på området for organisasjonsfrihet i Norge uttales:

”Hvor langt vernet for den negative organisasjonsfrihet har strukket seg, har vært mer uklart. Rettslig sett er organisasjonsfriheten en del av den alminnelige handlefrihet og avtalefrihet, og således ikke til hinder for organisasjonsklausuler (closed shop-avtaler).”⁵³

Uttalelsene er her hentet fra forarbeider til flere lover og kan ikke sies å gi et entydig og samlet standpunkt.

⁵¹ Innst. O. Nr 63. (1996-1997) s. 3.

⁵² Se NOU 2001:14.

⁵³ NOU 2001: 14 s. 27.

Rettspraksis har behandlet aml § 55 A kun et fåtall ganger og den direkte problemstillingen kun en gang.

2.1.1.1. Rt 2001 s. 1413

Høyesteretts dom inntatt i Rt 2001 s. 1413 står for en stor del alene når det kommer til hvilken posisjon den negative foreningsfrihet har i norsk rett, jeg vil derfor behandle denne spesielt. Nærmere bestemt vil jeg behandle spørsmålet om lovligheten av klausul om tvunget fagforeningsmedlemskap i arbeidsavtale, såkalt ”closed shop- klausul”.

Den delen av dommen som skal behandles gjelder hvorvidt en klausul i arbeidsavtale er i strid med aml § 55 A. Klageren hadde her søkt jobb hos Norsk folkehjelp som minerydder i Bosnia og hadde i arbeidsavtalen blitt presentert for et krav om medlemskap i Handel og kontor eller et annet LO-forbund. Høyesterett kom til at klausulen var i strid med aml § 55 A fordi den hadde evnen til å:

”fremtvinge opplysninger om en søker er eller ikke er medlem av en fagforening”.⁵⁴

Som et utgangspunkt for den videre behandlingen av dommen, kan det bemerkes at den er enstemmig.

Førstvoterende gir først en generell fremstilling av hvordan den negative foreningsfriheten har et vern etter norsk intern rett. I denne fremstillingen gjør Høyesterett bruk av forarbeider til et ikke-vedtatt lovforslag. Denne rettskildefaktoren er spesiell, jeg vil derfor komme litt inn på den.

Ikke vedtatte lovforslag.

Som et utgangspunkt vil forarbeider være relevante⁵⁵. Forarbeidene det vises til i dommen er innst.S.nr.187 (1998-1999), disse behandler spørsmålet om i hvilken grad

⁵⁴ Dommen s. 1427.

det er behov for en generell lov om beskyttelse av foreningsfriheten og vil dermed måtte sies å være relevante i dette tilfellet. At lovforslaget ikke førte frem til en endelig lov vil ikke medføre at den mister sin relevans. Dette er vist ved at Høyesterett, i tillegg til i denne dommen, også tidligere har tatt i bruk slike lovforarbeider.⁵⁶

Uttalelsene Høyesterett viser til er kommunalkomiteens begrunnelse for å avvise et forslag om lovregulering av arbeidstakeres organisasjonsrett:

”Flertallet viser til brev til komiteen fra kommunal- og regionalministeren, datert 27 april 1999, og er enig i at både den positive og den negative organisasjonsretten er vernet i norsk lov gjennom menneskerettsloven. Forslaget er derfor unødvendig”⁵⁷

Av dette finner Høyesterett at uttalelsene underbygger argumentet at den negative foreningsfrihet er gitt beskyttelse etter intern norsk rett. Slutningen må sies å være i tråd med ordlyden i forarbeidet.

Vekten av uttalelser i forarbeidene vil mer generelt være avhengig av flere forhold. Jeg vil imidlertid her ta for meg momenter som vil gjøre seg spesielt gjeldende i dette tilfellet.

I teorien er det antatt at fremstillinger om gjeldende rett i forarbeidene bør vektlegges på samme linje som annen juridisk litteratur⁵⁸, noe som igjen vil tilsi en forsiktig vektlegging⁵⁹. Det faktum at uttalelsene er avgitt i forbindelse med avvisningen av et lovforslag kan også trekke ned den rettskildemessige vekten.

⁵⁵ Eckhoff s. 79

⁵⁶ Rt 2001 s. 248. (på s. 258).

⁵⁷ Dommen s. 1426.

⁵⁸ Eckhoff s. 70.

⁵⁹ Eckhoff s. 270.

Om bruken av de her omtalte forarbeidene i en annen dom, uttalte Jakhelln:

”Således bør det nok vises tilbakeholdenhet med å legge for stor vekt på en uttalelse av Kommunalkomiteen som begrunner hvorfor et lovforslag er overflødig og derfor bør avvises - en slik uttalelse kan være influert av taktiske partipolitiske hensyn mer enn av juridiske overveielser – men sett i sammenheng med andre rettskilder må likevel en slik uttalelse kunne tillegges en viss betydning”.⁶⁰

I dette tilfellet vil også Høyesteretts bruk av forarbeidene muligens peke i retning av en ytterligere forsiktig vektlegging. Dette fordi Høyesterett viser at den betviler den begrunnelse som er gitt for uttalelsene, nemlig at den negative organisasjonsrett allerede er gitt et vern gjennom menneskerettsloven:

”Det interessante ved denne begrunnelsen er at komiteens flertall mente at også den negative organisasjonsfriheten nyter et vern etter norsk rett, selv om det nok kan være tvilsomt i hvilken utstrekning dette følger av menneskerettsloven av 21. mai 1999 og de konvensjonene som dens § 2 gjør til norsk lov.”

Det fremkommer ikke klart i dommen hvilken vekt Høyesterett rent faktisk har lagt på denne rettskildefaktoren i dette tilfellet. Uttalelsene har ikke vært avgjørende for resultatet og den rettskildemessige vekt må dermed i praksis sies å ha vært heller beskjeden.

Høyesterett går deretter over til å behandle spørsmålet om organisasjonspliktklausulen er i strid med aml § 55 A og ser først på ordlyden i bestemmelsen. Høyesterett kommer til at denne i utgangspunktet peker i retning av at det ikke er et forbud mot organisasjonspliktklausuler etter bestemmelsen, men at dette nyanseres noe av formålet. Juridisk teori peker også i retning av at det ikke er et slikt forbud. Høyesterett tar så for seg rettspraksis.

⁶⁰ Jakhelln, Hyldestskrift s. 718, note 15

Bruken av rettspraksis

Mer presist viser Høyesterett til høyesterettsdom inntatt i Rt 2001 s. 248 (Olderdalen ambulanse) som grunnlag for resultatet.

Jeg vil først ta for meg dommen (Olderdalen ambulanse) generelt, deretter vil jeg komme inn på Høyesteretts bruk av denne dommen som rettskildefaktor.

Rt 2001 s. 248 gjelder tvisten Olderdalen ambulanse AS mot Paul Mo (A) og Sigmund Dalvik (B).

Faktum var her at A og B var ansatt i Kåfjord ambulanse som hadde avtale om drift av ambulansetjeneste med Kåfjord kommune. Kåfjord ambulanse sa fra seg avtalen med kommunen. Avtalen om drift av ambulansetjenesten ble overtatt av Olderdalen ambulanse som tilbød de tidligere ansatte i Kåfjord ambulanse ansettelse. Tilbudet var imidlertid betinget av at de ansatte ikke fagorganiserte seg. A og B aksepterte muntlig tilbudet, men beholdt seg retten til å være fagorganiserte. Olderdalen ambulanse ansatte deretter tre andre. A og B viste til arbeidsmiljøloven kap 12 A om virksomhetsoverdragelse og krevde fast ansettelse. Angående spørsmålet om vilkår om ikke-organisering i ansettelsesavtaler kom Høyesterett til at dette var brudd på aml § 55 A.

Det blir for det første et spørsmål om Olderdalen ambulanse – dommen i dette tilfellet har relevans.

I Rt 2001 s. 248 (Olderdalen ambulanse- dommen) var spørsmålet gyldigheten av en klausul som bandt arbeidstakerne til ikke å organisere seg: altså et mulig brudd på den positive organisasjonsfriheten; retten til å være fagorganisert.

I Rt 2001 s. 1413 (Norsk folkehjelp- dommen) var spørsmålet gyldigheten av en klausul som bandt arbeidstakerne til å være medlem av et LO forbund: altså et mulig brudd på den negative organisasjonsfriheten; retten til ikke å være fagorganisert.

Det kan altså se ut som om dommene omhandler to forskjellige forhold.

Som et utgangspunkt kan det pekes på at den positive og den negative foreningsfriheten er to sider av samme sak. Det har også blitt argumentert med at rettighetene bør behandles likt, som eksempel kan nevnes uttalelser av mindretallet i den internasjonale menneskerettighetsdomstol i *Young, James and Webster v. UK*:

”[...]the negative aspect of freedom of association is necessarily complementary to, a correlative of and inseparable from its positive aspect”.⁶¹

Rettighetene har derimot ikke rent faktisk blitt behandlet som komplementære i internasjonal praksis. Mye av dette skyldes imidlertid motsetninger mellom medlemslandene innad i de internasjonale organisasjonene, og vil derfor ikke automatisk være et argument mot en slik behandling i norsk intern rett. Viktig i dette tilfellet vil det være at Høyesterett rent faktisk har lagt til grunn Olderdalen ambulanse-dommen, en må derfor kunne gå ut fra at Høyesterett selv har vurdert den som relevant. Det vil også kunne være nødvendig å se på hvilke deler av Olderdalen ambulanse-dommen Høyesterett har brukt som begrunnelse av resultatet i Norsk folkehjelp-dommen.

På den ene side kan det virke som om Høyesterett direkte ser på domslutningen i Olderdalen ambulanse-dommen og benytter seg av at dommene er svært like. En slik bruk vil ikke være på linje med det som til nå har kommet frem internasjonalt.

På den annen side er det mye som tyder på at Høyesterett kun har benyttet deler av domspremissene i Olderdalen ambulanse-dommen, nærmere bestemt uttalelsene om at vilkåret om ikke-organisering:

”var egnet til å få frem opplysninger om hvorvidt en søker er eller *ikke* er organisert”⁶².

⁶¹ *Young, James and Webster v. UK* Dissenting opinion of judges Ganshof van der Meersch, Bindschedler-Robert, Liesch, Gölcüklü, Matscher, Pinheiro Farina and Pettiti

⁶² Olderdalen ambulanse-dommen s. 259.

Det er her særlig interessant at Høyesterett i Olderdalen ambulanse-dommen uttalte at også opplysninger om at en person ikke var organisert i fagforening faller innenfor aml § 55 A. Jeg vil videre i oppgaven legge denne siste fortolkningen til grunn.

Etter dette må Høyesterett i Norsk folkehjelp-dommen sies å ha benyttet deler av Olderdalen ambulanse-dommen uten å komme i konflikt med det faktum at Norsk folkehjelp- dommen omhandler den negative foreningsfrihet, mens Olderdalen ambulanse- dommen omhandler den positive foreningsfrihet.

Hvilken vekt ble lagt på Olderdalen ambulanse dommen?

Høyesterett legger til dels stor vekt på Olderdalen ambulanse-dommen. Dette viser seg for det første ved at Olderdalen ambulanse- dommen blir omtalt som ”en viktig milepæl”⁶³. Videre bruker Høyesterett uttalelser fra dommen til å ta avstand fra standpunkter i teorien. Argumentasjonen i Norsk folkehjelp-dommen er også for en stor del basert direkte på Olderdalen ambulanse- dommen.

Uttalelsene som tillegges vekt i Norsk folkehjelp- dommen var ikke avgjørende for resultatet i Olderdalen ambulanse- dommen, og må således sies å være et obiter dictum. Som et utgangspunkt skal det legges mindre vekt på obiter dicta enn på bemerkninger som er avgjørende for resultatet, dommens ratio decidendi⁶⁴. En av grunnene til dette er at obiter dicta normalt ikke er like gjennomtenkt som ratio decidendi.⁶⁵ I dette tilfellet er uttalelsene i Olderdalen ambulanse-dommen, om at også opplysninger om ikke-organisering var gitt beskyttelse etter aml § 55 A, ikke begrunnet i det hele tatt. Dette skulle tilsi at de blir tillagt mindre rettskildemessig vekt. Praksis har imidlertid vist at også obiter dicta tillegges vekt⁶⁶

⁶³ Rt 2001 s. 1413 (på s. 1427).

⁶⁴ Boe s. 259, Fleischer s. 172.

⁶⁵ Fleischer s.172.

⁶⁶ Eckhoff s. 173

Avslutningsvis kommer Høyesterett inn på ESP. Redegjørelsen av denne er imidlertid ført inn som et obiter dictum og vil dermed ikke bli behandlet her, da den ikke vil være av spesiell interesse for dommens vekt som rettskildefaktor.

Et moment som muligens vil kunne være av interesse ved vurderingen av dommens vekt, er den oppmerksomhet saken fikk internasjonalt, spesielt fra ESPs ekspertkomité.

”Noting that the case [norsk folkehjelp-dommen] was taken on appeal to the Supreme Court outside the reference period, the Committee asks that the next report indicate the substance of its ruling as regards the lawfulness of closed shop clauses. In the meantime, the Committee reserves its position on this matter.”⁶⁷

Det er her tenkelig at Høyesterett lettere kommer til den forståelse av aml § 55 A som ble presentert i dommen, uten at det dermed er sagt at resultatet ville blitt annerledes uten denne forventningen fra ekspertkomiteen. Dette poenget vil ikke bli forfulgt nærmere og vil heller ikke bli tillagt vekt videre i oppgaven. Nevnes kan imidlertid at ekspertkomiteen var fornøyd med resultatet og at Norge nå, for dette spesielle tilfellet, oppfyller sine forpliktelser etter ESP.

”[...] the Committee considers that following the Supreme Court’s decision on the lawfulness of trade union closed shop clauses, the situation in Norway is in conformity with Article 5 of the Revised Charter in this regard.”⁶⁸

Et argument som vil peke i retning av at aml § 55 A ikke stilte opp et forbud mot organisasjonsplikt-klausuler er uttalelser hos Evju:

”Som prinsipperklæring kan § 55 A vanskelig forstås som uttrykk for at slike[organisasjonsplikt] klausuler skal anses uakseptable. (En slik forståelse vil ikke følge umiddelbart hverken av ordlyden eller av paragrafens formål, slik det er blitt uttrykt. Det foreligger heller ingen positive holdepunkter i en slik retning)”.

⁶⁹

⁶⁷ Conclusions XVI-1 vol 2. page 493.

⁶⁸ Conclusions 2004 vol. 2.

⁶⁹ Evju s. 82

Disse uttalelsene er imidlertid over 20 år gamle og har dermed ikke kunnet ta hensyn til den utviklingen som har skjedd når det kommer til utviklingen av vernet for den negative organisasjonsfrihet.

Når rettstilstanden etter aml § 55 A skal oppsummeres vil rettskildefaktorene dermed peke i forskjellige retninger. Ordlyd og delvis forarbeider må sies å peke i retning av at det ikke settes opp et forbud mot organisasjonspliktklausuler. Rettspraksis peker i retning av at det faktisk er et slikt forbud. Til tross for at det muligens kan stilles spørsmålstegn ved deler av Høyesteretts behandling av dommen og at den hittil står alene, vil den fremdeles være en meget tung rettskildefaktor.

Jeg vil konkludere med at det var et forbud mot organisasjonspliktklausuler etter den tidligere aml § 55 A.

For den nye aml § 54 B vil denne fortolkningen av den tidligere aml § 55 A styrke den oppfatningen at også aml § 45 B stiller opp et slikt forbud.

I den grad utenlandsk lov her vil være en relevant rettskildefaktor, kan det vises til dansk lov om beskyttelse mod afskedigelse på grund af foreningsforhold⁷⁰ § 2 stk 1 og 2:

”§2 En arbejdsgiver må ikke afskedige en lønmodtager, fordi denne ikke er medlem af en forening eller af en bestemt forening

Stk 1 finder ikke anvendelse, såfremt lønmodtageren ved ansættelsen var bekendt med, at arbejdsgiveren stillede medlemskab af en forening eller af en bestemt forening som betingelse for beskæftigelse i virksomheden.”

Den danske bestemmelsen regulerer oppsigelsesadgang, men av dette følger at det etter dansk lov er mulighet for å stille krav om organisering som en betingelse for ansettelse. Det må her imidlertid bemerkes at denne bestemmelsen har fått internasjonal kritikk⁷¹.

⁷⁰ Lov nr 285 af 9. juni 1982.

⁷¹ Conclusions XII-1 page 110-112.

Som et ytterligere argument for at organisasjonspliktklausuler ikke bør være tillatt kan nevnes hensynet til sammenhengen i regelverket. Med dette tenkes på at en arbeidstaker i utgangspunktet ikke kan sies opp fordi denne ikke organiserer seg⁷². Det ville gi et lite konsekvent regelverk dersom en ansettelse kunne gjøres avhengig av at arbeidssøkeren organiserte seg uten at arbeidsgiveren senere kunne følge opp dette kravet med en oppsigelse dersom arbeidstakeren ikke organiserer seg, eller senere melder seg ut av organisasjonen.

2.2. konklusjon

Etter dette peker rettskildefaktorene nesten samstemt i retning av en løsning hvor aml § 54 B setter et forbud mot organisering som vilkår for ansettelse. Spesielt tungtveiende i denne sammenheng vil fortolkningen av den tidligere aml § 55 A være. Den danske lov peker i en annen retning men vekten av denne vil som et utgangspunkt være relativt beskjeden og vil ikke kunne ha avgjørende betydning her.

Jeg vil etter dette konkludere med at aml § 54 B setter et forbud mot organisering som vilkår for ansettelse.

2.3. Internasjonale konvensjoner

Det blir her spørsmål om internasjonale menneskerettighetskonvensjoner som Norge er bundet av stiller opp et forbud mot organisering som vilkår for ansettelse. Jeg vil her ta for meg EMK og ESP.

2.3.1. Lovligheten av organisasjonspliktklausuler i arbeidsavtale etter EMK

EMK ble inkorporert i norsk rett gjennom Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett 21. mai 1999 nr 30. (menneskerettsloven).

⁷² Fanebust, oppsigelse s. 76.

Relevant bestemmelse vil her være art 11:

”Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and to freedom of association with others, including the right to join trade unions for the protection of his interests”

Ordlyden gir her ingen sikre svar på problemstillingen.

Rettspraksis har ikke direkte behandlet spørsmålet om adgangen til å sette organisasjonspliktklausuler som vilkår for ansettelse. Den mer generelle behandlingen av den negative organisasjonsfriheten vil imidlertid kunne vise hvordan EMD stiller seg til dette spørsmålet.

Den første dommen som tok opp spørsmålet om den negative foreningsfriheten hadde et vern etter EMK var *Young, James and Webster v. UK*⁷³ fra 1981. Klagerne var her tre ansatte i ”British Railway Board” heretter kalt ”British Rail”. Disse var uorganiserte ved ansettelsen, men ble flere år senere pålagt organisasjonsplikt som en følge av en avtale (closed shop avtale) mellom British Rail og tre fagorganisasjoner. Organisasjonsplikten påla alle ansatte å melde seg inn i en av tre mulige organisasjoner. Valget var her avhengig av hvilken stillingskategori de ansatte tilhørte. Klagerne nektet å melde seg inn og ble deretter sagt opp fra sine stillinger. EMD kom her til at det i dette tilfellet forelå et brudd på EMK art 11.

Ved at organisasjonsplikten ble presentert etter at de ansatte hadde vært ved bedriften i lang tid tar ikke dommen direkte for seg den problemstillingen som her skal behandles, det er likevel flere ting i dommen som vil kunne være av interesse.

Som et utgangspunkt vil dommen være av interesse fordi den slår fast at den negative foreningsfriheten faktisk har et vern etter EMK art 11, selv om dommen ikke er helt oppklarende på hvor langt dette vernet rekker.

⁷³ *Young, James and Webster v. UK* 13/08 81 A 44.

Hovedbegrunnelsen for at det her forelå et brudd på EMK art 11 angir EMD som det presset arbeidstakeren ble utsatt for da de fikk valget mellom å organisere seg eller å miste sitt arbeid.

”In the court’s opinion, such a form of compulsion, in the circumstances of the case, strikes at the very substance of the freedom guaranteed by article 11 (art. 11). For this reason alone, there has been an interference with that freedom as regards each of the three applicants.”⁷⁴

Ser en imidlertid på den videre begrunnelsen kommer det frem at domstolen også anser det som problematisk at organisasjonspliktklausulen setter en begrensning på de ansattes valgfrihet ved at de kun kan velge mellom noen få fagorganisasjoner:

”Another facet of this case concerns the restriction of the applicants’ choice as regards the trade unions which they could join of their own volition. An individual does not enjoy the right to freedom of association if in reality the freedom of action or choice which remains available to him is either non existent or so reduced as to be of no practical value”⁷⁵.

Dette vil kunne ha betydning også for organisasjonspliktklausuler som presenteres før ansettelse dersom disse stiller opp en begrensning med henhold til hvilken eller hvilke fagforeninger arbeidssøkeren kan melde seg inn i. Det kan i denne sammenheng nevnes at organisasjonspliktklausulen som ble behandlet i Rt 2001 s. 1413 (Norsk folkehjelpdommen) hadde en slik begrensning.

EMD er meget forsiktig med å gi generelle uttalelser i denne dommen og resultatet kan sies å være en ”minstestandard”. Domstolen sier dermed bare at dette spesielle tilfellet er en krenkelse av EMK art 11 fordi det bryter med selve kjernen (the very substance of the freedom)⁷⁶ i bestemmelsen. En slik behandling av problemet åpner for at EMK art 11 kan utvides til senere også å gjelde andre tilfeller hvor det ikke har blitt utøvet press av den grad som er beskrevet i dommen. En beskyttelse mot organisasjonspliktklausuler presentert før ansettelse er dermed ikke utelukket ved dommen.

⁷⁴ Young, James and Webster v. UK paragraph 55.

⁷⁵ Young, James and Webster v. UK paragraph 56.

⁷⁶ Young, James and Webster v. UK paragraph 55.

Den neste dommen som omhandlet den negative foreningsfriheten var Sibson v. UK⁷⁷ fra 1993. Klageren var her en arbeidstaker ansatt i CNS som maskinoperatør (sjåfør). Han var medlem av fagforening, men meldte seg ut i protest mot det han mente var falske anklager mot ham. De øvrige fagforeningsmedlemmene ved bedriften truet bedriften med streik dersom Sibson ikke meldte seg inn i fagforeningen igjen, eller ble forflyttet til en annen nærliggende avdeling. Bedriften forsøkte deretter å presse Sibson over til den andre nærliggende avdelingen, noe som endte med at Sibson sa opp sin jobb. Oppsigelsen ble i engelsk rett ansett som ”constructive dismissal”, noe som medfører at arbeidstakerens oppsigelse er å anse som oppsigelse fra arbeidsgiveren.

Til forskjell fra hva som var tilfellet i Young, James and Webster v. UK var konsekvensene av ikke å melde seg inn i fagforening i dette tilfellet ikke oppsigelse, men overføring til en annen nærliggende avdeling. Sibson hadde heller ikke prinsipielle motforestillinger mot innmeldelse i fagforeningen, han kunne melde seg inn igjen dersom han fikk unnskyldning for den behandlingen han mente seg utsatt for. Et resultat om brudd på konvensjonen kunne dermed ikke styrkes ved at det muligens også hadde foreligget brudd på andre rettigheter, så som art 9 tanke-, samvittighets- og religionsfriheten og art 10 ytringsfriheten.

Flertallet av dommerne kom her til at art 11 ikke var krenket. De viste til at faktum i denne saken skilte seg fra den i Young, James and Webster v. UK på flere vesentlige punkter og at kjernen i art 11 i dette tilfellet dermed ikke kunne sies å være krenket.

Dommens faktum er ikke helt overensstemmende med problemstillingen som behandles her, jeg vil likevel ta for meg noen punkter.

Mens man i Young, James and Webster v. UK ga uttrykk for en ”minstestandard” ved å si at det grove presset som ble lagt på arbeidstakeren, i alle tilfeller måtte anses som et brudd på art 11. Legger man i Sibson v. UK en ”øvre grense” på beskyttelsen for den

⁷⁷ Sibson v. UK 20/04 1993 A 258-A application number 14327

negative foreningsfrihet ved at kun det som er et brudd på kjernen i bestemmelsen er gitt en beskyttelse i EMK art 11:

”Having regard to these various factors, the court has come to the conclusion that Mr Sibson was not subjected to a form of treatment striking at the very substance of the freedom guaranteed by Article 11 (art 11.)

There has accordingly been no violation of that provision.”⁷⁸

Det kan legges til at konvensjonen skal tolkes dynamisk og at vernet for den negative foreningsfriheten derfor fremdeles kan gis et bredere innhold ved senere anledninger.

Mindretallet⁷⁹ peker på at en utvikling i retning av et bedre vern for den negative foreningsfrihet allerede er i gang. Muligens er dette et varsel om at det i større grad bli tatt hensyn til denne utviklingen i senere dommer.

Den neste dommen som skal behandles her er Sigurd A Sigurdjonsson v. Iceland⁸⁰ fra 1993. Klageren hadde her etterfulgt et pålegg om å melde seg inn i organisasjonen ”Frami” som en betingelse for å kunne søke om taxiløyve. Etter en tid meldte imidlertid klageren seg ut av organisasjonen fordi han mente den støttet en politikk han ikke kunne se seg enig i. Etter utmeldelsen ble klagerens lisens trukket tilbake. Den Islandske Høyesterett kom til at klausulen om pliktig medlemskap ikke hadde grunnlag i lov, og derfor var ugyldig. Senere kom det imidlertid lovendringer som gjorde medlemskap til et vilkår for å kunne motta taxilisens. EMD kom i denne saken til at det forelå et brudd på EMK art 11.

Dommens faktum skiller seg fra den problemstillingen som her behandles på flere måter:

⁷⁸ Sibson v. UK. Paragraph 29 og 30.

⁷⁹ Sibson v. UK. Dissenting opinion of Judge Morenilla paragraph 2.

⁸⁰ Sigurd A. Sigurdjonsson v. Iceland 30/06 1993 A264 application number 16130/90.

For det første kom organisasjonsplikten her etter at klageren hadde mottatt taxi løyve. Det kan bemerkes at sakens faktum muligens gir inntrykk av at påbudet om innmeldelse i organisasjonen ble gitt før klageren fikk tildelt taxiløyve. For å klargjøre at det her faktisk dreide seg om en organisasjonsplikt som ble presentert etter at klageren hadde fungert som taxisjåfør i en tid, viste EMD til dom av den islandske Høyesterett som fant at klausulen om pliktig medlemskap i fagforeningen var ugyldig, og at pliktig medlemskap i fagforeningen dermed kom som en følge av senere lovgivning.

”As to the specific circumstances of the case, the Court is not persuaded by the Government’s argument that an obligation to join ”Frami” already existed when the applicant obtained his licence in 1984. No significant weight can be attached to the fact that, before granted the licence, he agreed to become a member; it is a matter of speculation whether he would have done so in the absence of the membership condition laid down in the 1983 Regulation, which was later held by the Supreme Court to lack statutory basis. Nor has it been established that an obligation of membership arose for any other reason. In fact, only when the 1989 Law entered into force on 1 July 1989 did it become clear that membership was a requirement.”⁸¹

Domstolen så her altså bort fra klausulen om pliktig medlemskap i fagorganisasjon som ble presentert før løyve ble innvilget fordi denne var ulovlig etter nasjonal lov på Island. Det faktum at denne klausulen høyst sannsynlig fremsto som reell for klageren blir ikke tillagt vekt. EMD kommer dermed ikke direkte inn på spørsmålet om hvorvidt klausuler om pliktig medlemskap presentert før ansettelse vil være i strid med EMK.

For det andre dreier det seg i dommen ikke om pliktig medlemskap i en fagforening, men om en mer selvstendig organisasjon for taxisjåfører⁸².

Momenter som vil kunne ha betydning for problemstillingen er at EMD her eksplisitt gjorde det klart at EMK gir en beskyttelse for den negative foreningsfrihet.

”Accordingly, Article 11 must be viewed as encompassing a negative right of association.”⁸³

⁸¹ Sigurdjonsson paragraph 36.

⁸² Se Sigurd A Sigurdsjonsson v. Iceland paragraph 32.

⁸³ Sigurdjonsson paragraph 35.

Videre innarbeider domstolen ytterligere begrepet om at det må foreligge et brudd på kjernen i EMK art 11:

”The applicant has since been compelled to remain a member of Frami and would otherwise, as was amply illustrated by the revocation of his licence in 1986, run the risk of losing his license again. Such a form of compulsion, in the circumstances of the case, strikes at the very substance of the right guaranteed by article 11 and itself amounts to an interference with that right.”⁸⁴

At det her dreide seg om en lovpålagt plikt til innmeldelse vil ikke ha direkte betydning for forholdene i Norge, da slike lovregler ikke eksisterer i norsk lovgivning i dag.

Uttalelser fra dommen viser at domstolen la meget vekt på at organisasjonsplikten var i lovs form og mente dette i seg selv var i strid med EMK art 11.

”In the first place, the court recalls that the impugned membership obligation was one imposed by law, the breach of which was likely to bring about the revocation of the applicant’s licence. He was thus subjected to a form of compulsion which, as already stated, is rare within the community of contracting states and which, on the face of it, must be considered incompatible with Article 11.”⁸⁵

Den neste dommen jeg vil ta med her er Gustafsson v. Sweden⁸⁶ fra 1999.

Klageren var her en selvstendig næringsdrivende som ved boikott ble forsøkt presset til å inngå en ”hengavtale” med en arbeidsgiverorganisasjon. Boikotten medførte at restauranten som klageren drev måtte selges. Spørsmålet som ble behandlet i dommen var i første rekke om den svenske stat hadde en plikt til å stoppe boikotten. Av interesse for den problemstillingen som behandles her kan det imidlertid nevnes at det i dommen igjen eksplisitt blir slått fast at det faktisk er et vern for den negative foreningsfriheten etter EMK art 11:

⁸⁴ Sigurdjonsson paragraph 36.

⁸⁵ Dommen, paragraph 41.

⁸⁶ Gustafsson v. Sweden 240/04 1999 application number 15573/89.

”In the most recent judgment delivered in this connection, Article 11 (art. 11) of the Convention has been interpreted to encompass not only a positive right to form and join an association, but also the negative aspect of that freedom, namely the right not to join or to withdraw from an association”⁸⁷.

Domstolen kommenterer også uttrykket ”strikes at the very substance of the freedom”:

“the Court has held that, although compulsion to join a particular trade union may not always be contrary to the Convention, a form of such compulsion which, in the circumstances of the case, strikes at the very substance of the freedom of association guaranteed by Article 11 (art. 11) will constitute an interference with that freedom”⁸⁸.

Med dette gis uttrykket et enda bedre feste i rettspraksis enn hva som var tilfellet tidligere. Merkes kan det også at domstolen ikke uttaler seg om hva som ligger utenfor vernet etter art 11. Domstolen kommer derfor ikke direkte inn på det faktum at det i *Sibson v. UK* ble ansett å ikke foreligge en krenkelse fordi klageren ikke hadde blitt utsatt for et press som utgjorde en krenkelse av kjernen i rettigheten. At domstolen dermed igjen fokuserer på ”minstestandarden” som ble presentert i *Young, James and Webster v. UK* kan muligens tyde på at domstolen er i ferd med å forlate den snevre fortolkningen av art 11 som ble presentert i *Sibson v. UK*. I samme retning peker uttalelser fra mindretallet:

”there is no longer any room for the ”striking-at-the-very-substance-of the-right-guaranteed-by-Article-11”(art. 11) test of the *Young, James and Webster v. the United Kingdom* judgment [...]. This is because this rather restrictive test was based on the assumption – only accepted for the sake of the argument [...] that the negative freedom is not enshrined in the Convention.”⁸⁹

Det har hittil ikke vært avgjørelser fra EMD som fører vernet for den negative foreningsfriheten videre.

⁸⁷ Gustafsson v. Sweden paragraph 45.

⁸⁸ Gustafsson v. Sweden paragraph 45.

⁸⁹ Gustafsson v. Sweden Dissenting opinion of judge Martens, joined by judge Matscher paragraph 8.

2.3.2. Konklusjon

EMD har vært restriktiv med å utdype hvilket vern som foreligger for den negative foreningsfrihet. I de tilfellene hvor det har blitt ansett at det foreligger et brudd på rettigheten har det vært lagt et betydelig press på den ansatte. I denne forbindelse har Domstolen fokusert på tilfeller hvor den ansatte står i fare for å miste sitt arbeid og sin inntekt ("threat of dismissal involving loss of livelihood").⁹⁰ Forutsetningen for den problemstillingen som her behandles er at plikten om organisering kommer før ansettelse. Arbeidssøkeren vil dermed ikke stå i fare for å miste sitt inntektsgrunnlag eller et virke som denne har hatt over lengre tid. Skal en se rettspraksis fra EMD i sammenheng med problemstillingen, vil resultatet måtte bli at EMK ikke gir et vern mot organisasjonspliktklausuler presentert før ansettelse da slike klausuler og det mulige press som ligger bak dem, vanskelig kan sies å gripe inn i kjernen i EMK art 11.

Denne konklusjonen støttes også av lagmannsrettsdommen⁹¹ som ligger til grunn for norsk folkehjelp-dommen⁹². Borgarting lagmannsrett la her vekt på at organisasjonspliktklausulen ikke medførte oppsigelse for arbeidstageren. Det faktum at organisasjonspliktklausulen medførte at arbeidstageren ikke selv kunne velge hvilken tariffavtale han skulle være bundet av, ble ikke vurdert som krenkelse av EMK art 11.

"Lagmannsretten finner etter dette på grunnlag av de kriterier som kan utledes av den foreliggende praksis i EMD at det er klart at organisasjonspliktklausulen ikke griper inn i kjernen av organisasjonsfriheten, og at klausulen etter denne praksis ikke anses som et inngrep i As rettigheter etter art 11."⁹³

⁹⁰ Young, James and Webster v. UK paragraph 55.

⁹¹ Dom av borgarting lagmannsrett 21 august 2000.

⁹² For presentasjon av faktum se oppgavens punkt 2.1.1.1. om Rt 2001 s. 1413.

⁹³ Dom av borgarting lagmannsrett 21 august 2000. (på s. 9).

2.3.3. Lovligheten av organisasjonspliktklausuler i arbeidsavtale etter ESP

Den europeiske sosialpakt ble vedtatt 18. oktober 1961 og trådte for Norges del i kraft 2. februar 1965. Konvensjonen ble revidert i 1996. Revisjonen medførte imidlertid ingen endringer i art 5 som her vil være relevant bestemmelse. Jeg vil derfor forholde meg til original ordlyd fra 1961.

Ordlyden i ESP art 5 første punktum er som følger:

”With a view to ensuring or promoting the freedom of workers and employers to form local, national, or international organisations for the protection of their economic and social interests and to join those organisations, the contracting parties undertake that national law shall not be such as to impair, nor shall it be so applied as to impair, this freedom.”⁹⁴

Etter ordlyden er det kun retten til å danne og til å delta i organisasjoner som er beskyttet. Ordlyden gir dermed ingen beskyttelse for den negative foreningsfriheten, heller ikke beskyttelse mot organisasjonspliktklausuler i arbeidsavtale.

Uttalelser fra Ekspertkomiteen peker imidlertid i retning av at det er et vern for den negative foreningsfriheten. Jeg vil gå gjennom deler av den utviklingen som har skjedd i denne forbindelse.

I 1981 kom det frem i en kommentar til Storbritannia, at Ekspertkomiteen foreløpig la seg på samme linje som EMD når det kom til beskyttelsen av den negative foreningsfriheten. Bakgrunnen for kommentaren var tolkingen av EMK art 11 i *Young, James and Webster v. UK*:

”In accordance with the statement of the European Court of Human Rights in the above mentioned case [*Young, James and Webster v. UK*] (paragraph 52 of the judgement) concerning Article 11 of the Convention on Human Rights, it should be underlined that also as regards Article 5 of the Charter, to interpret this provision “as permitting every kind of compulsion in the field of trade union

⁹⁴ ESP art 5.

membership would strike at the very substance of the freedom it is designed to guarantee”⁹⁵

Utviklingen har imidlertid etter dette gått raskere etter ESP enn hva som har vært tilfellet etter EMK. Ekspertkomiteen har i denne forbindelse understreket at ESP og EMK er to forskjellige konvensjoner med forskjellige regler.⁹⁶

Av interesse for den problemstillingen som behandles her kan det vises til kommentarer til Danmark, hvor Ekspertkomiteen mener en dansk lovregel er i strid med ESP:

”The Committee noted from the Danish report that no change had occurred with regard to section 2 of Act NO 285 of 1982. This section authorises the dismissal of a worker who refuses to join a trade union or to join a particular trade union if, at the time of his engagement, he knew that his employment was conditional on membership of such a trade union. It also authorises the dismissal of a worker who refused to continue as a member of a trade union after being informed subsequent to his engagement that membership was a condition for continued employment”⁹⁷

Av kommentarene kommer det frem at Ekspertkomiteen her går lengre enn hva som var tilfelle etter EMK. Ekspertkomiteen finner med dette at det er unødvendig at det foreligger et brudd på kjernen i bestemmelsen, slik tilfellet var etter EMK art 11.

Av senere uttalelser kommer det frem at Ekspertkomiteen går enda lenger og at enhver plikt til å være medlem av en fagorganisasjon vil stride mot konvensjonen:

”The Committee wishes to underline that the European Convention on Human rights and the Social Charter are two separate instruments; according to Article 5 of the Charter there can be no sort of obligation to become or remain a member of a trade union”⁹⁸.

⁹⁵ Conclusions VII page 32.

⁹⁶ Se blant annet conclusions XIV-1 page 177-178 og Conclusions XV-1 vol 2 page 425-427.

⁹⁷ Conclusions XII-1 page 110-112.

⁹⁸ Conclusions XIV-1 page 177-178.

Det kan også i denne forbindelse vises til kommentarer til Norge i Forbindelse med Norsk folkehjelp-dommen hvor ekspertkomiteen tydelig gir uttrykk for at den klausulen som der var et av temaene, var stridende med konvensjonen⁹⁹.

2.3.4. Konklusjon

Det er etter dette klart at fortolkningen av ESP går lengre i beskyttelse av den negative foreningsfrihet, og organisasjonsklausuler, enn hva som er tilfellet etter EMK art 11.

Når Ekspertkomiteen også sterkt tar avstand fra alle former for plikt til innmeldelse i fagforening vil det være naturlig å komme til at konvensjonen gir en beskyttelse mot krav om organisering som vilkår for ansettelse også når plikten kommer før ansettelse.

En slik forståelse av ESP art 5 vil også støttes av uttalelser av Høyesterett i norsk folkehjelp-dommen:

”I sine uttalelser fra de senere år har komiteen [Ekspertkomiteen] en rekke ganger gitt uttrykk for at organisasjonspliktklausuler er uakseptable etter artikkel 5. [...] Det klare standpunkt som Ekspertkomiteen har tatt mot organisasjonspliktklausuler, og den beskyttelse av den negative organisasjonsfriheten som således er bygget inn i ESP art 5, gir en klar støtte til den forståelse av arbeidsmiljølovens § 55 første punktum som jeg har gitt uttrykk for i denne sak.”¹⁰⁰

Jeg vil etter dette konkludere med at ESP stiller opp et forbud mot organisering som vilkår for ansettelse.

⁹⁹ Se oppgavens punkt 2.1.1.1. note 67.

¹⁰⁰ Rt 2001 s. 1413 på side 1428.

3. Kan medlemskap i fagforening vektlegges ved ansettelse?

Problemstillingen blir her noe annerledes enn hva som var tilfellet ovenfor.

Det ses her ikke på om det er forbudt med pliktig medlemskap i fagforening som vilkår for ansettelse, men på om medlemskap i fagforening i det hele tatt kan vektlegges ved ansettelse. Forskjellene mellom disse to spørsmålene blir belyst i Rt 2001 s. 1413 Norsk folkehjelp-dommen. Her ble organisasjonspliktklausuler ansett for å være i strid med den gamle aml § 55 A fordi de kunne:

”fremtvinge opplysninger om en arbeidssøker er eller ikke er medlem av en fagforening.”¹⁰¹

Det vil altså fremdeles være et spørsmål om det er et mer generelt forbud mot å vektlegge opplysninger om medlemskap i fagforening (ikke medlemskap). Dette vil særlig gjelde dersom slike opplysninger har kommet frem på en annen måte enn etter initiativ fra arbeidsgiveren, og det dermed vanskelig kan sies å ha foreligget et press eller et krav om slike opplysninger. Som eksempel på situasjoner hvor dette vil være tilfelle kan nevnes tilfeller hvor arbeidssøkerens status som ikke-medlem av fagorganisasjon er alminnelig kjent eller dersom tillitsvalgt deltar i ansettelsesprosessen og denne har kunnskap om at søkeren ikke er medlem av fagforening.

De internasjonale konvensjonene vil ikke bli vurdert i forhold til denne problemstillingen. Grunnen til dette er for det første at spørsmålet, som vist ovenfor, har spesiell interesse for norsk intern rett. For det andre vil de konklusjonene som er presentert ovenfor med henhold til de internasjonale konvensjonene også gjelde for denne problemstillingen. For EMK følger dette av et prinsipp om det mer til det mindre. Ettersom min tidligere konklusjon viser at EMK ikke gir et vern mot organisasjonspliktklausuler vil det følge av dette at det heller ikke stilles opp et forbud mot vektlegging av medlemskap i organisasjoner. For ESP vil det følge av de tidligere nevnte betingelsesløse uttalelsene fra ekspertkomiteen at også vektlegging av medlemskap i fagforening vil være et brudd på ESP.

¹⁰¹ Rt 2001 s. 1413, dommen s. 1427.

Relevant bestemmelse i norsk intern rett vil her være aml § 54 B.

3.1. Arbeidsmiljøloven § 54 B

Ordlyden i § 54 B¹⁰² peker i retning av en løsning hvor det stilles opp et forbud mot vektlegging av medlemskap i fagorganisasjoner ved ansettelser. Vektlegging av slike opplysninger vil ganske klart være ”forskjellsbehandling på grunn av[...]medlemskap i fagorganisasjon”.

Forarbeidene til bestemmelsen behandler ikke problemstillingen direkte, men presiserer at:

”Forbudet mot diskriminering på grunn av politisk syn og medlemskap i arbeidstakerorganisasjon er en videreføring av forbudet i aml § 55 A første ledd.”¹⁰³

Det blir dermed nødvendig å se på hvordan forholdet var regulert etter den tidligere aml § 55 A.

3.1.1. Arbeidsmiljøloven § 55 A som tolkingsfaktor

Hovedregelen i aml § 55 A lød som følger:

”Arbeidsgiveren må ikke i utlysningen eller på annen måte kreve at søkerne skal gi opplysninger om [...]de er medlemmer av lønnstakerorganisasjoner[...]. Arbeidsgiver må heller ikke iverksette tiltak for å innhente slike opplysninger på annen måte.”

Etter ordlyden stilte bestemmelsen kun opp et forbud mot det å kreve og innhente opplysninger. Det stilles dermed ingen forbud mot å basere en ansettelse på slike opplysninger dersom de var kommet frem uten etter arbeidsgivers initiativ.

¹⁰² Se oppgaven punkt 2.1.

¹⁰³ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 32.

Støtte for en slik forståelse av bestemmelsen kan også finnes i forarbeidene til endringslov 13 juni 1980 nr 39:

”Etter denne ordlyden tar § 55 A ikke stilling til hvilke hensyn det er legitimt å tillegge vekt ved ansettelse. Det som reguleres er tiltak fra arbeidsgivers side med sikte på å få frem visse nærmere angitte opplysninger. Men bestemmelsens hovedregel vil rent faktisk kunne motvirke at avgjørelser om ansettelse treffes på bakgrunn av og motiveres av slike opplysninger som aml § 55 A omhandler”¹⁰⁴.

Aml § 55 A, annet ledd kom inn i bestemmelsen ved lov 30. april 1998 nr 24.

Bakgrunnen var at man ville hindre forskjellsbehandling av arbeidssøkere på grunn av etnisk opprinnelse I forarbeidene heter det at:

”Arbeidsmiljøloven § 55 A gir etter sin ordlyd ikke noe forbud mot at arbeidsgiveren ved ansettelsen tar hensyn til de omtalte forhold, men søkerne har frihet til å holde dem for seg selv”¹⁰⁵.

Igen ble det altså konstatert at bestemmelsen ikke hindret vektlegging av organisasjonstilknytning ved ansettelse.

Aml § 55 A ble endret i 2001 ved lov 4. mai 2001 nr 15. Bakgrunnen for endringen var at bestemmelsen ikke inneholdt forbud mot diskriminering på grunn av funksjonshemming, i forarbeidene til endringen kom det nok en gang frem uttalelser som tyder på at aml § 55 A, ikke hjemlet et forbud mot vektlegging av opplysninger som ikke kan kreves, Kommunal og regionaldepartementet uttaler:

”Arbeidsmiljøloven § 55 A som regulerer rettsforhold ved ansettelse, forbyr forskjellsbehandling av søkere til ledige stillinger på grunn av rase , hudfarge, nasjonal eller etnisk opprinnelse, homofil legning eller homofil samlivsform. Det er ikke noe forbud mot forskjellsbehandling av funksjonshemming etter arbeidsmiljøloven § 55 A”¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 41 (1979-1980) s. 17.

¹⁰⁵ Ot.prp. nr. 67 (1996-1997) s. 40.

¹⁰⁶ Ot.prp. nr. 34 (2000-2001) s.2.

Til dette må merkes at vern mot forskjellsbehandling på grunn av organisasjonstilknytning heller ikke er nevnt i oppramsingen i § 55A.

Spørsmålet har ikke blitt direkte avgjort i rettspraksis, nevnes kan imidlertid uttalelser fra Høyesterett i Olderdalen ambulanse-dommen¹⁰⁷:

”Formålet med bestemmelsen [aml § 55 A] er å forhindre at arbeidsgiveren ved ansettelse legger vekt på opplysninger om slike forhold [medlemskap i lønnskakerorganisasjoner].”¹⁰⁸

Det kan dermed se ut som om Høyesterett tok det standpunkt at det ikke kunne legges vekt på opplysninger om medlemskap i lønnskakerorganisasjoner etter aml § 55 A.

I juridisk litteratur har spørsmålet blitt besvart med forskjellig begrunnelse og forskjellig konklusjon.

Advokat Storeng mfl. hevder at aml § 55 A kun er et forbud mot innhenting av opplysninger:

”Bestemmelsen [aml § 55 A] forbyr imidlertid ikke arbeidsgiveren i å legge vekt på opplysninger ved ansettelsen hvis han først sitter inne med dem”.¹⁰⁹

Storeng mfl. Begrunner imidlertid ikke dette standpunktet ytterligere.

Per Arne Larsen¹¹⁰ hevder at:

”Hensikten med bestemmelsen [§ 55 A] må imidlertid føre til at arbeidsgiveren ikke kan legge slik vekt på opplysningene fra søkeren at de kan føre til at søkeren ikke kommer i betraktning”.

¹⁰⁷ Rt 2001 s. 248.

¹⁰⁸ Dommen s. 259.

¹⁰⁹ Advokatene Storeng, Beck, Due Lund, Praktisk arbeidsrett s.53 og Arbeidslivet spilleregler s. 116.

¹¹⁰ Per Arne Larsen, Arbeidsmiljøloven s. 323.

Per Arne Larsen begrunner ikke sitt standpunkt utover å vise til ”hensikten med bestemmelsen”. Det kan muligens være litt uklart hva som ligger i at det ikke kan legges ”slik vekt” på opplysningene at ”søkeren ikke kommer i betraktning”. Man må imidlertid kunne utlede av dette at Per Arne Larsen åpner for at den gamle § 55 A hadde et videre anvendelsesområde enn kun innhenting av opplysninger og at det til en viss grad ville være i strid med aml § 55 A å legge vekt på slike opplysninger.

Thor Erik Johansen hevder at:

”Etter justeringene i 1980 og 1982 kan arbeidsgiveren likevel legge vekt på slike forhold som bestemmelsen [aml § 55 A] i utgangspunktet forbyr å vektlegge.”¹¹¹

Kommentarene ovenfor viser til unntakene i aml § 55 A første ledd. Av interesse her er det imidlertid at forfatteren klart viser at denne oppfatter hovedregelen i aml § 55 A for å inneholde et forbud mot vektlegging.

Jan Fougner skriver at:

”Slik lovbestemmelsen [aml § 55 A] opprinnelig var formulert, rettet forbudet seg utelukkende mot å innhente opplysningene, og bestemmelsen sa ikke noe uttrykkelig om adgangen til å legge vekt på denne typen forhold, om de på annen måte ble kjent for arbeidsgiver. Ved lovendringen i 1998 ble det i lovtekstens annet ledd klargjort at det heller ikke er adgang til å legge vekt på slike forhold ved ansettelsen. En slik begrensning var allerede innfortolket også etter den opprinnelige formulering av forbudet.”¹¹²

Uttalelsen står tilsynelatende ubegrunnet. Ser en derimot på uttalelser hentet fra samme side kan det virke som om Jan Fougner begrunner sin fortolkning av den tidligere aml § 55 A på EMK:

”Poenget er at arbeidsgiver skal avstå fra å trekke inn utenforliggende hensyn i ansettelsesprosessen [...] Det fremgår for øvrig av prinsippet i Art 14 i den europeiske menneskerettskonvensjon.”

¹¹¹ Thor-Erik Johansen s. 33.

¹¹² Jan Fougner mfl, Arbeidsmiljøloven kommentarutgave s. 166.

Jeg forstår dermed Jan Fougner dit hen at han begrunnet sitt standpunkt i Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon.

Henning Jakhelln hevder det ikke kan legges vekt på opplysninger som det etter aml § 55 A ikke kan kreves opplyst om:

”Selv om bestemmelsen [aml § 55 A] etter sin ordlyd bare forbyr det å kreve opplysninger om slike forhold, må den forstås slik at den forbyr bedriftslederen å legge noen vekt på slike informasjoner.”¹¹³

Jakhelln begrunner dette med at det foreligger en saklighetsnorm ved ansettelser. Jakhelln peker på at:

”Tendensen i regelverket går i retning av at arbeidsgiver må legge til grunn saklige kriterier ved ansettelse”¹¹⁴.

Mer konkret peker Jakhelln på reglene i lov 9. juni 1978 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven) §§ 3 og 4 og bestemmelser i EØS-avtalen hvor diskriminering av EØS borgere ved ansettelser er forbudt.

Som redegjørelsen ovenfor viser går argumentene i begge retninger, forarbeidene gir langt på vei uttrykk for at det er tillatt å legge vekt på om en søker er eller ikke er organisert. Formålet med bestemmelsen peker imidlertid i retning av at det er et forbud mot slik vektlegging på organisasjonstilknytning. Juridisk teori er ikke samstemt om svaret, selv om det kanskje her bør legges til at de best begrunnede argumentene fremkommer hos forfattere med det syn at den tidligere aml § 55 A stilte opp et forbud mot å vektlegge opplysninger om medlemskap i fagforeninger.

Reelle hensyn taler etter min oppfatning for en løsning hvor det er et forbud mot vektlegging av slike opplysninger, dette fordi vektlegging av opplysninger om organisasjonstilknytning eller ikke-tilknytning vil kunne føre til en tilfeldig forskjellsbehandling av søkere uten at dette er saklig begrunnet i virksomhetens behov.

¹¹³ Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten s. 44.

¹¹⁴ Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten s. 45.

Jeg vil derfor konkludere med at den tidligere aml § 55 A stilte opp et forbud mot vektlegging av opplysninger om organisasjonstilknytning.

3.2. Konklusjon

Den tidligere aml § 55 A må oppfattes slik at det ikke vil være tillatt å vektlegge organisasjonstilknytning ved ansettelser. Dette vil som nevnt i forarbeidene være et viktig argument i fortolkingen av den nye aml § 54 B:

”Forbudet mot diskriminering på grunn av politisk syn og medlemskap i arbeidstakerorganisasjon er en videreføring av forbudet i aml § 55 A første ledd.”¹¹⁵

Formålsparagrafen, aml § 54 A nr 1, presiserer at:

”Formålet med dette kapittel er å sikre likebehandling i arbeidslivet.”

Formålet vil dermed også peke i retning av et forbud mot vektlegging av medlemskap i fagorganisasjon ved ansettelse.

Rettskildefaktorene peker her enstemmig i retning av en løsning hvor det stilles opp forbud mot vektlegging av opplysninger om organisasjonstilknytning ved ansettelser. Dersom det tidligere var tvil knyttet til dette spørsmålet etter den gamle § 55 A, må dette sies å ha blitt klargjort i den nye bestemmelsen. Spesielt vil den nye ordlyden kunne sies å ha bidratt til dette.

Jeg finner etter dette grunnlag for å konkludere med at den nye aml § 54 B setter et forbud mot vektlegging av opplysninger om medlemskap i fagorganisasjon ved ansettelse.

¹¹⁵ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 32.

4. Unntak

Som et utgangspunkt for den videre behandlingen av unntaksbestemmelsene vil jeg kort presisere at det i denne delen av oppgaven ikke skilles mellom adgangen til å sette organisering som et vilkår for ansettelse og adgangen til å vektlegge medlemskap i fagforening ved ansettelse. Grunnen til dette er for det første at jeg ikke har funnet noen holdepunkter for at et unntak fra hovedregelen i aml § 54 B kun skal gjelde enten organisasjonspliktklausuler eller vektlegging av medlemskap. For det andre ville et slikt skille være teoretisk mulig, men ville skapt praktiske vanskeligheter. Som et eksempel kan nevnes tilfellet hvor det åpnes for unntak kun for vektlegging av organisasjonspliktklausuler. Det vil i en slik situasjon være meget vanskelig å avgjøre når arbeidsgiverens vektlegging av medlemskap i fagforening går over til å ha avgjørende betydning for ansettelsen, noe som vil kunne sammenliknes med en ikke-uttalt organisasjonspliktklausul, og dermed ulovlig.

Unntak fra hovedregelen i aml § 54 B stilles opp i aml § 54 D. Aml § 54 D har fem unntak, av disse er det tre som etter ordlyden vil kunne ha relevans for denne oppgaven, § 54 D nr 1, 2 og 4. I forarbeidene er det fastslått at aml § 54 D nr 2 kun er ment for å klargjøre at uorganiserte ikke har et krav på samme lønn som organiserte¹¹⁶. Bestemmelsen vil dermed kunne ha innvirkning på vernet for den negative foreningsfriheten. Spørsmålene som reiser seg i forbindelse med regelen faller imidlertid på kanten av hva som omhandles i denne oppgaven. Aml § 54 D nr 2 vil derfor ikke behandles nærmere.

Av de to bestemmelsene § 54 D nr 1 og 4 vil jeg her kun behandle nr 4. Dette fordi denne etter forarbeidene er ment som en direkte videreføring av det tidligere unntaket som var stilt opp i aml § 55 A¹¹⁷. Etter ordlyden vil denne bestemmelsen også være den mest spesielle. Sett i sammenheng med formålsbestemmelsen i aml § 54 A er det heller ingen grunn til å tro at den mer generelle bestemmelsen i aml § 54 D nr 1 gir mer vidtgående unntak enn hva som vil være tilfellet etter aml § 54 D nr 4.

¹¹⁶ Ot.prp. nr 104 (2002-2003) s. 41.

¹¹⁷ Ot.prp. nr 104 (2002-2003) s. 42.

I det følgende forutsettes det at unntaksbestemmelsen i aml § 54 D nr 4 går lenger enn til innhenting av opplysninger, og også inkluderer organisasjonsplikt-klausuler og vektlegging av medlemskap i fagorganisasjon. En slik forutsetning vil følge logisk av behandlingen ovenfor som viser at hovedregelen i den gamle aml § 55 A satt opp forbud som inkluderte organisasjonsplikt-klausuler og vektlegging av medlemskap i fagforeninger. Siden unntaksbestemmelsen selv ikke inneholder reservasjoner vil jeg her gå ut fra at den inneholder det fulle innhold av hovedregelen.

Den praktiske anvendelsen av regelen vil også peke i retning av at det her gjelder et unntak som går lenger enn til bare å åpne for at arbeidstaker kan kreve opplysninger. Det ville være liten vits i å kunne kreve opplysninger dersom en ikke samtidig kunne benytte dem.

Spørsmålet videre blir derfor hvor langt unntaksbestemmelsen rekker.

4.1. Arbeidsmiljøloven § 54 D nr. 4.

Ordlyden i § 54 D nr 4 er som følger:

”Arbeidsgiver kan ved ansettelse innhente opplysninger om hvordan søkerne stiller seg til politiske, religiøse eller kulturelle spørsmål eller om de er medlemmer av lønnskasser og organisasjoner dersom slike opplysninger er begrunnet i stillingens karakter eller dersom det inngår i formålet for vedkommende arbeidsgivers virksomhet å fremme bestemte politiske, religiøse eller kulturelle syn, og stillingen er av betydning for gjennomføringen av formålet. [...] I tilfellet slike opplysninger vil bli krevet, må dette angis i utlysningen av stillingen.”

Hovedregel og unntak skal her ivareta to forskjellige hensyn. Som tidligere vist skal hovedregelen ivareta hensynet til arbeidssøkeren. Unntaket skal derimot ivareta hensynet til arbeidsgiveren. Forholdet mellom hovedregel og unntak vil derfor være en balansegang mellom rettighetene til arbeidssøker/arbeidstaker og arbeidsgiver.

Formålet med unntaksbestemmelsen er at:

”[R]eligøse, politiske, kulturelle og liknende organisasjoner og institusjoner ikke skal få innskrenket sin mulighet til å drive virksomhet i samsvar med sitt formål”¹¹⁸.

Etter presentasjonen av unntaksbestemmelsens formål blir det klart at både hovedregel og unntak får et felles overordnet mål, nemlig å verne retten til fritt å mene og tro det en ønsker. Arbeidssøkerne/arbeidstakerne får et slikt vern etter hovedregelen ved at de ikke blir tvunget inn i foreninger med meninger som strider mot deres egne. Arbeidsgiverne får et vern ved at de gjennom unntaket, så fritt som mulig, skal kunne jobbe for å fremme sine meninger og sin tro.

For at unntaket skal komme til anvendelse er det to alternative vilkår som må være oppfylt. For det første kan unntak gjøres dersom det er begrunnet i stillingens karakter. For det andre kan unntak gjøres dersom det inngår i formålet for virksomheten og stillingen er av betydning for gjennomføringen av formålet.

Ordlyden gir her ingen klare føringer på den videre tolking av begrepene. Tolkning av bestemmelsen er heller ikke gjennomgått i forarbeidene til aml § 54 D.

Forarbeidene til aml § 54 D nr 4 sier imidlertid eksplisitt at bestemmelsen skal tolkes på samme måte som unntaksbestemmelsen i aml § 55 A første ledd¹¹⁹, jeg vil derfor ta for meg tolkingen av denne eldre unntaksbestemmelsen.

Ordlyden i den tidligere bestemmelsen er i all hovedsak tilsvarende § 54 D nr 4. Jeg vil derfor i det følgende ta for meg begrepene ”stillingens karakter” og ”stillingen er av betydning for gjennomføringen av formålet”

¹¹⁸ Ot.prp.nr 41 (1979-1980) s. 18.

¹¹⁹ Ot.prp. nr 104 (2002-2003) s. 42.

4.1.1. "stillingens karakter"

Begrepet "stillingens karakter" kom inn i aml ved dens tilblivelse i 1977.

Ordlyden gir ingen konkrete opplysninger for hvordan bestemmelsen er å forstå, men man må kunne gå ut fra at et unntak kun kan gis dersom stillingen tilsier det.

Begrepet ble til en viss grad drøftet i forarbeidene til endringer i aml § 55 A i 1980.

For det første kom det frem at unntaket spesielt vil gjelde stillinger som har særlig betydning for fremme av formålet med virksomheten. Beslutningen av om en stilling faller inn under bestemmelsen må tas på bakgrunn av de oppgaver som er tillagt stillingen, den enkelte stilling skal vurderes individuelt. Avgjørelsen av om opplysningene er grunnet i "stillingens karakter" skal først og fremst tas av virksomhetens styre/ledelse, dette fordi disse kjenner virksomheten innenfra og ser deres behov i det daglige¹²⁰. I Rt 1986 s. 1250 bruker Høyesterett dette poenget i praksis:

Spørsmålet om kristen tro er nødvendig av hensyn til de oppgaver stillingsinnehaveren skal utføre, må bero på en vurdering som domstolene bør vise tilbakeholdenhet med å overprøve."¹²¹

Dommen gjaldt religion, men det må kunne antas at dette også vil ha gyldighet for spørsmålet om medlemskap i fagorganisasjon. Det må her presiseres at styret/ledelsen ved bedriften ikke har mulighet til å foreta denne vurderingen med bindende virkning.¹²²

¹²⁰ Inst. O. Nr 59 (1979-1980) s. 6. Se også Jakhelln, Knophs oversikt s. 547.

¹²¹ Rt 1986 s. 1250 på s. 1260.

¹²² Ot.prp. nr 30 (1981-1982) s. 2. Se også Rt 1980 s. 598 hvor Hr selv vurderer behovet for uorganisert arbeidskraft.

I rettspraksis har begrepet blitt drøftet i Høyesterettsdom inntatt i Rt 1986 s. 1250. Saken gjaldt spørsmålet om i hvilken grad Diakonhjemmets sosialhøgskole kunne spørre søkere til stillinger som lærere om deres forhold til kristen tro.

I dommen kom det frem at ”stillingens karakter” ikke er et krav om at de opplysninger som kreves er en absolutt nødvendig kvalifikasjon for den enkelte stilling, det holder at egenskapen anses ”påkrevet innenfor vedkommende stillingskategori”¹²³.

Uttrykket ble også behandlet i Høyesteretts kjennelse inntatt i Rt 1980 s. 598 (tanntekniker kjennelsen). En tanntekniker hadde her utlyst en ledig stilling, men hadde i parentes lagt til at søkere måtte være uorganiserte. Høyesterettskjæremålsutvalg uttalte¹²⁴ her at med ”arbeidets karakter” siktes det først og fremst til ”det faglige arbeid som arbeidstakeren skal utføre”.

Ser en på formålet vil adgangen til unntak på grunn av ”stillingens karakter” kunne være snever ved at det åpnes for unntak kun i de tilfellene hvor det er nødvendig for bedriften eller organisasjonens virksomhet. Tankevekkende er det muligens at det er virksomhetens styre/ledelse som først og fremst skal kunne ta avgjørelsen av om kravet til ”stillingens karakter” er oppfylt. Disse vil jo normalt være partiske og interessert i mest mulig informasjon om søkerne.

4.1.2. Stillingen er av betydning for gjennomføringen av virksomhetens formål

Dette alternative vilkåret for å gjøre unntak fra hovedregelen i aml § 55 A kom inn som et tillegg til arbeidsmiljøloven i 1982 ved lov 14 mai 1982 nr 22.

Etter ordlyden må visse vilkår være oppfylt for at dette alternative unntaket skal komme til anvendelse.

¹²³ Dommen s. 1259.

¹²⁴ Kjennelsen s. 599.

For det første må arbeidsgivers virksomhet ha det formål å fremme et bestemt syn. I sammenheng med den negative foreningsfriheten vil alternativet om politiske formål være mest praktisk. Formålet med arbeidsgivers virksomhet må derfor være å fremme et bestemt politisk syn. Når det kreves ”bestemte” politiske syn må man kunne anta at virksomhet som har som formål mer generelt å fremme politiske synspunkter ikke faller inn under bestemmelsen.

For det andre må stillingen være av betydning for gjennomføringen av dette formålet. At lovgiver har valgt begrepet ”betydning” kan tyde på at det ikke kreves at stillingen er absolutt nødvendig for gjennomføringen.

I følge forarbeidene innebærer vilkåret ikke noen realitetsendring av bestemmelsen, vilkåret er kun ment som ”en klargjøring og presisering”¹²⁵. Forarbeidene sier videre at tillegget skal få frem at det er den konkrete stilling som skal vurderes og hvilken betydning denne stillingen har for gjennomføringen av virksomhetens formål når det skal avgjøres om det kan gjøres unntak fra hovedregelen. Det er nevnt at regelen kan ha en konkret selvstendig betydning for de tilfellene hvor en stillingstype objektivt sett ikke fremmer virksomhetenes formål, men hvor den i et spesielt tilfelle kan gjøre det. Som eksempel er nevnt vaktmesterstillinger og kjøkkenpersonale ved kristelige folkehøyskoler eller misjonsskoler.

Det er etter min kunnskap foreløpig ingen videre klargjøring av begrepet i rettspraksis.

I juridisk teori er det hevdet at det etter regelen vil ha betydning i hvilken grad det i den enkelte stilling er nødvendig å ha en holdning som bidrar til å fremme virksomhetens formål, videre at det vil ha betydning i hvilken utstrekning og på hvilken måte virksomhetens formål gjenspeiler seg i den daglige drift.¹²⁶

¹²⁵ Ot.prp. nr 30 (1981-1982) s. 3

¹²⁶ Jan Fougner, mfl. arbeidsmiljøloven kommentarutgave s. 500.

4.2. Oppsummering av unntakene:

Som redegjørelsen ovenfor viser, vil adgangen til unntak fra hovedregelen være snever. Det vil dermed kun være i helt spesielle tilfeller at det kan kreves medlemskap i fagforening eller at det kan tillates at arbeidsgiver vektlegger informasjon om medlemskap i fagforeninger. Eksempelvis vil det muligens kunne kreves at en pressetalsmann for en fagorganisasjon selv er medlem av organisasjonen.

Det kan imidlertid være et spørsmål om selv denne snevre adgangen er for mye i forhold til de reglene som stilles opp internasjonalt. I denne sammenhengen er det spesielt ESP som vil være av interesse.

Som fremstillingen ovenfor viser har ekspertkomiteen tidligere uttalt at:

“[A]ccording to Article 5 of the Charter there can be no sort of obligation to become or remain a member of a trade union”¹²⁷.

Ekspertkomiteen har dermed ikke åpnet for unntak.

På den andre siden kan det nevnes at Ekspertkomiteen faktisk er fornøyd med det regelverk som er for beskyttelsen av den negative foreningsfrihet etter norsk lov:

“[T]he situation in Norway is in conformity with Article 5 of the Revised Charter in this regard.”¹²⁸

Det kan her muligens legges til at et absolutt forbud mot organisasjonsplikt vil medføre at regelverket ikke får den form for ”bevegelighet” som i dag er tilfellet etter de interne norske reglene. Videre vil ikke formålet som ligger bak unntakene kunne ivaretas på samme måte som i dag, organisasjoner vil dermed kunne bli forhindret fra å drive virksomhet i samsvar med sitt formål. En nærmere behandling av denne

¹²⁷ Conclusions XIV-1 page 177-178.

¹²⁸ Conclusions 2004 vol. 2.

problemstillingen vil imidlertid falle på kanten av denne oppgaven og vil derfor ikke bli behandlet nærmere.

5. Oppsummering

Oppgaven viser at spørsmålet om den negative foreningsfriheten har fått oppmerksomhet nasjonalt og internasjonalt. Utviklingen internasjonalt går imidlertid sakte, spesielt vil dette gjelde beskyttelsen etter EMK. Den trege utviklingen etter EMK må sies å ha bakgrunn i flere forhold, for det første vil utviklingen her være avhengig av at spørsmålet behandles i domstolen, noe som krever en konkret tvist. For det andre har det vist seg at den noe trege utviklingen også skyldes interne stridigheter blant medlemslandene. Beskyttelsen etter ESP har gått raskere og har nådd lenger, noe som blant annet skyldes at det etter dette systemet ikke er nødvendig med en konkret tvist for å føre utviklingen videre.

Når det kommer til hvilket vern som konkret foreligger for den negative foreningsfriheten må de nasjonale reglene, spesielt etter endring innført ved lov 26. mars 2004 nr 15, sies å være fullt på høyde med de internasjonale reglene og vil i mange tilfelle også sies å gå lengre enn hva som er tilfellet internasjonalt. De nasjonale reglene vil også ha den fordel at de er klarere utformet enn konvensjonstekstene, noe som gjør dem bedre tilgjengelige for brukerne.

Gjennomgangen viser også at de nasjonale reglene i dag gir et godt vern på de områdene som her har vært behandlet. For det internasjonale vernet viser oppgaven at ESP gir en beskyttelse som må sies å ligge langt fremfor andre internasjonale konvensjoner. For vernet av den negative foreningsfrihet for arbeidstakeren må man dermed kunne si at det hadde vært en fordel dersom ESP hadde blitt inkludert i menneskerettighetsloven. Hvilket vern som i realiteten foreligger etter ESP er imidlertid vanskelig å avgjøre konkret. Skal en ta uttalelsene fra Ekspertkomiteen

bokstavelig gis arbeidssøkeren/arbeidstakeren et tilnærmet fullstendig vern for den negative foreningsfrihet. Et slikt fullstendig vern vil kunne skape vanskeligheter i forhold til bedrifter/organisasjoner som har et reelt behov for organisert/uorganisert arbeidskraft. Balansegangen mellom beskyttelsen for arbeidssøkeren/arbeidstakeren og arbeidsgiveren blir dermed forskjøvet helt til fordel for arbeidssøkeren/arbeidstakeren.

At utviklingen går i retning av et stadig bedre vern for den negative foreningsfriheten vises tydelig gjennom praksis internasjonalt og også nasjonalt. Forhåpentligvis vil rettigheten få klarere, skarpere linjer i fremtiden.

6. Litteraturliste

Bøker med opptil 3 forfattere:

- Boe, Erik. *Innføring i juss* Oslo 1996.
- Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære* 5. utgave Oslo 2001.
- Evju, Stein. *Organisasjonsfrihet, tariffavtaler og streik* Oslo 1982.
- Fanebust, Arne. *Oppsigelse i arbeidsforhold* Oslo 2001.
- Fleischer, Carl August. *Rettskilder* Oslo 1995.
- Fougner, Jan. *Arbeidsavtalen – utvalgte emner* Oslo 1999.
- Fougner, Jan, Holo, Lars og Friberg, Odd. *Arbeidsmiljøloven kommentarutgave* 8. utg. Oslo 2003.
- Høstmælingen, Njål. *Internasjonale menneskerettigheter* Oslo 2003.
- Jakhelln, Henning. *Oversikt over arbeidsretten* 2. utgave Oslo 1996.
- Johansen, Thor Erik. *Arbeidsrett* 3. utg. Oslo 2001.
- Larsen, Per Arne. *Arbeidsmiljøloven* Oslo 1999.
- Møse, Erik. *Menneskerettigheter* Oslo 2002.
- Niamh, Ann *The right to bargain collectively: Protection within the European Social Charter* Social Charter monographs no 5, 1996.
- Opsahl, Torkel. *Internasjonale menneskerettigheter, en innføring* 2. utg. Oslo 1996.
- Samuel, Lenia *Fundamental social rights, Case law of the European Social Charter* Council of Europe 1997.
- Storeng, Nils, Beck, Tom H og Lund, Arve Due. *Praktisk arbeidsrett* 2. utg. Oslo 1996.
- Storeng, Nils, Beck, Tom H og Lund, Arve Due. *Arbeidslivets spilleregler, Bærebjelker og grunnprinsipper i arbeidsretten* Oslo 2003.

Kapitler i bøker

- Jakhelln, Henning. *Arbeidsretten*. I Knophs oversikt over Norges rett 12 utg. Oslo 2004, s. 542-577.

Artikler i tidsskrifter, årbøker, samleverk

- Jakhelln, Henning *Menneskerettigheter – nei takk?* I: Lov og rett 1997 s. 577-580.
- Jakhelln, Henning. *Om virkningen av rettsstridige vilkår i tilbud* I: Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard København 2003.

Skoghøy, Jens Edvin A. *Forholdet mellom internasjonale menneskerettigheter og norsk rett I: kritisk juss* 1998 s. 111-119.

Uggerud, Ken. *Arbeidstvistlov og menneskerettigheter* Institutt for offentlig rettskriftserie nr 4 1977.

Forarbeider:

Stortingsforhandlinger (1959-1960) Dokument nr 10.

Ot.prp. nr 33 (1965-1966).

Ot.prp. nr 35 (1977-1978).

Innst. O. nr 59 (1979-1980).

Or.prp. nr 41 (1979-1980).

Ot.prp. nr 30 (1981-1982).

Dokument nr 11 (1982-1983).

Innst. O. nr 95 (1982-1983).

Inst. O. nr. 63 (1996-1997).

Dokument nr 8:45 (1996-1997).

Ot.prp. nr 67 (1996-1997).

Dokument nr 8:36 (1998-1999).

Innst. S. nr. 187 (1998-1999).

Ot.prp. nr 34 (2000-2001).

NOU 2001:14.

Ot.prp. nr 38 (2001-2002).

Ot.prp.nr 104 (2002-2003).

Lovregistre:

Norske lover:

1902 Lov om forandringer i den almindelige borgerlige straffelov av 22 mai. 1902

1927 Lov om arbeidstvister 5 mai 1927 nr 1

1947 Lov om boikott 5 desember 1947 nr 1

1951 Lov om organisasjonsrett mv. for arbeidsledere i private bedrifter 14 des.1951 nr 4

1977 Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. 4 feb. 1977

1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett 21 mai 1999 nr 30

Danske lover:

Lov om beskyttelse mod afskedigelse på grund af foreningsforhold (dansk lov) nr 285 af 9. juni 1982.

Konvensjoner:

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 november 1950.

Norsk tittel: Den europeiske menneskerettighetskonvensjon 4 november 1950

European social charter, 18 oktober 1961

Norsk tittel: Den europeiske sosialpakt 18 oktober 1961

Vienna Convention on the law of treaties 23. mai.1969

Norsk tittel: Wien konvensjonen 23 mai 1969

Domsregistre:

Gustafsson v. Sweden 240/04 application number 15573/89

Sibson v. UK publ A 258-A applicatin number 14327 (1993)

Sigurd A Sigurdjonsson v. Iceland publ. A 264 (1993)

Young, James and Webster v. UK publ A44 (1981)

Dom av arbeidsdomstolen 2001 nr 20.

Dom av borgarting lagmannsrett 21 august 2000

Rt 1997 s. 580

Rt 1980 s. 598. (Kjennelse)

Rt 1986 s. 1250

Rt 2001 s. 248.

Rt 2001 s. 1413

Uttalelser fra Ekspertkomiteen:

Conclusions VII

Conclusions XII-1

Conclusions XIV-1

Conclusions XV-I vol 2

Conclusions XVI-1 vol 2

Conclusions 2004 vol 2.